

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP CENTRO DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD MESTRADO EM
DIREITO

RENATO LUIZ FERREIRA DOWSLEY DE MORAIS

**AS DECISÕES ESTRUTURAIS NA PERIFÉRICA REALIDADE BRASILEIRA:
UM CAMINHO POSSÍVEL?**

**RECIFE
2019**

RENATO LUIZ FERREIRA DOWSLEY DE MORAIS

**AS DECISÕES ESTRUTURAIS NA PERIFÉRICA REALIDADE BRASILEIRA:
UM CAMINHO POSSÍVEL?**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Católica de Pernambuco como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação do Professor Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

**RECIFE
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

MORAIS, Renato Luiz Ferreira Dowsley de.

As decisões estruturais na periférica realidade brasileira: um caminho possível? / Renato Luiz Ferreira Dowsley de Moraes - Recife: O Autor, 2019.

147 folhas.

Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. CCJ. Direito, 2019.

Inclui Bibliografia.

1. Revisitando o paradigma tradicional: por que o processo adversarial não é suficiente? 2. Os estados unidos da américa e a *structural injuction*. 3. A decisão estrutural, a quebra do paradigma decisório e a realidade em níveis: em busca de um conceito. 4. O brasil e a complexa modernidade periférica: delineando o contexto de importação. 5. Da teoria para a prática: o que já foi visto no brasil pode ser visto como estrutural? 6. Conclusões.

MORAIS, Renato Luiz Ferreira Dowsley de. **As decisões estruturais na periférica realidade brasileira: um caminho possível?** 2019. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife, 2019.

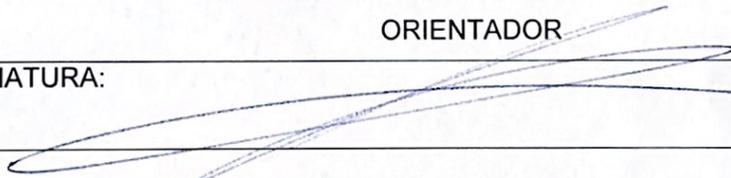
RENATO LUIZ FERREIRA DOWSLEY DE MORAIS

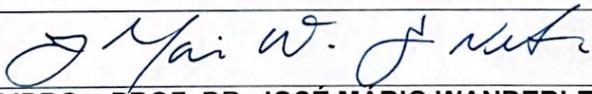
**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO: AS DECISÕES ESTRUTURAIS NA PERIFÉRICA
REALIDADE BRASILEIRA: UM CAMINHO POSSÍVEL?**

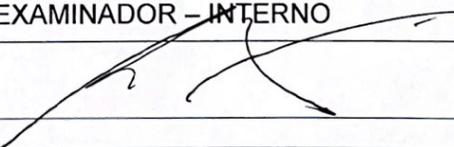
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco – PPGD/UNICAP – como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre. Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania.

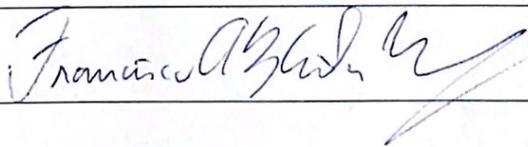
A banca examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Dissertação aprovada em setembro de 2019

1º MEMBRO – PROF. DR. LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA ORIENTADOR
ASSINATURA: 

2º MEMBRO – PROF. DR. SÉRGIO TORRES TEIXEIRA EXAMINADOR – INTERNO
ASSINATURA: 

3º MEMBRO – PROF. DR. JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO EXAMINADOR – INTERNO
ASSINATURA: 

4º MEMBRO – PROF. DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE BARROS E SILVA NETO EXAMINADOR – EXTERNO
ASSINATURA: 

*A Christina, Jorge e Adriana,
como se dissesse o óbvio*

AGRADECIMENTOS

Agradecer é compartilhar. Por isso (e para não cometer nenhuma injustiça), os agradecimentos são divididos em dois momentos: pessoal e acadêmico.

O primeiro: aos meus pais, Christina e Jorge, que confiaram antes (e a despeito) de todo mundo: por tudo que abdicaram, pelo amor sereno dos dias mais complicados, pela fé inabalável em mim. Nada nunca será o bastante para retribuir tudo, mas eu nunca vou me cansar de tentar.

A Adriana, a melhor companheira de todas, que soube primeiro, torceu primeiro e cuja paciência de elefante só não é maior do que o apoio nos momentos mais complicados: você é demais o tempo inteiro e eu nunca conseguirei agradecer o suficiente.

À memória da minha avó, com uma saudade que nesses anos todos não para de aumentar: conseguimos (mais uma vez), Dedequinha.

À minha madrinha, Sandra, com quem aprendi as primeiras letras e nunca mais parei, com a certeza de que essa caminhada, como tudo o mais, nunca foi fácil, mas valeu cada segundo.

Aos amigos Luiz, Cláudio, Diogo e Renatta: o lado bom de ser filho único é aprender a fazer amigos com jeito, cheiro e abraço de irmandade. Vocês são meu refúgio, com vocês nunca chove.

O segundo: ao meu orientador, Professor Lúcio Grassi, pela paciência que dedicou a essas linhas, pela generosidade rara e, sobretudo, pelo exemplo de que a pesquisa acadêmica não precisa nos tornar sisudos: você é inspiração, Mestre!

Ao amigo (e grande exemplo) Mateus Pereira, que apoiou essa empreitada desde o início, que encontra um momento na rotina frenética para um café e que sempre carrega um sorriso sincero aonde quer que vá: haja admiração por todo o carinho, amigo.

Ao amigo Roberto Campos, que também subscreveu essa candidatura (e, portanto, acreditou) quando tudo não passava de esperança: ainda lembro da sua mensagem (“seremos colegas no PPGD”); para esse ex-aluno (e entusiasta seu), nada poderia ter sido mais estimulante.

Aos Professores do PPGD, a quem agradeço na pessoa da Professora Virgínia Colares, minha professora também na graduação e exemplo de retidão e dedicação inabaláveis.

No mais, mesmo, da mesmice, sempre vem a novidade (João Guimarães Rosa, Luas-de-mel).

Assim descobri a importância da distância, de estar sempre fora do contexto, a meio caminho entre a colônia e a metrópole: a chave é o espaço vazio que as separa. E aí que Borges situa o modo de ler: lê-se de viés, observando duas realidades ao mesmo tempo, é o olhar estrábico (“é preciso ter um olho posto na Europa e o outro cravado nas entranhas da pátria”, como escreveu Echeverría). Trata-se de ver o duplo, um olhar metafórico que sempre compara uma realidade presente com outra alheia e superior. Trata-se de uma versão do teorema de Gödel: nenhum sistema fechado pode garantir a certeza de uma verdade, é necessário verificar em outro sistema e à distância, e essa série é interminável. A realidade se verifica fora do sistema de provas internas, fora de si. (Ricardo Piglia, Os diários de Emilio Renzi – Os anos felizes)

RESUMO

A tradicional estrutura do processo não consegue oferecer instrumentos adequados e eficazes à tutela de direitos coletivos complexos porque se desenvolve, quase que exclusivamente, de acordo com as mesmas regras do clássico procedimento polarizado, sem levar em consideração as nuances do direito que está sendo efetivamente discutido. O que se verifica, portanto, é um tratamento sistêmico que se baseia em um híbrido perigoso: direitos coletivos – cujas definições tradicionalmente fornecidas jamais se preocuparam em buscar na Sociologia fundamento científico de validade – têm sua complexidade forçada e artificialmente reduzida para caberem no arquétipo processual pensado para atender conflitos individuais. Nesse contexto, as decisões estruturais, cunhadas no direito norte-americano, surgem como uma tentativa de fornecer uma resposta às demandas complexas postas à apreciação do Judiciário. O problema, no entanto, está em saber se o ordenamento jurídico brasileiro e a sociedade como um todo são capazes de absorver, eficazmente, o instituto forjado em cultura jurídica tão diferente e mais: em que medida essa importação pode ser feita sem inaugurar, na verdade, um cenário jurídico permeado de inconsistências, dando azo a diálogos institucionais corrompidos desde a gênese ou, quando muito, burocráticos? Isso porque a realidade institucional brasileira, marcada pela forte corrupção sistêmica, não pode simplesmente ser ignorada. Ao contrário, convém investigar se o instituto, uma vez inserido nesse contexto social específico, é capaz de fornecer respostas adequadas à complexidade do tema. Para tanto, a análise se desenvolve em cinco momentos: revisão do paradigma tradicional de processo, a partir do pressuposto de insuficiência do modelo para tutela de direitos coletivos complexos; análise histórica do surgimento das decisões estruturais na realidade norte-americana como alternativa capaz de combater a segregação racial; afirmação de um conceito detalhado de decisão estrutural, que leva em consideração a base sociológica afirmada na primeira etapa da abordagem e as características do modelo surgido nos Estados Unidos; discussão crítica quanto à possibilidade de aplicação eficaz do instituto em um contexto social manifestamente distinto do norte-americano; e análise de decisões proferidas em terras brasileiras indicadas pela doutrina como exemplos de decisões estruturais, cotejando-as com o conceito fixado na terceira etapa da abordagem e analisando, tanto quanto possível, a capacidade de

contribuírem para concretização efetiva de direitos. A abordagem, fundada essencialmente em pesquisa bibliográfica, recorre à análise jurisprudencial sobretudo nas segunda e quinta etapas, de modo a encurtar a distância entre doutrina e prática processual e fornecer subsídios mais concretos para auxiliar a responder a pergunta fundamental: as decisões estruturais são um caminho possível?

Palavras-chave: Decisões estruturais, direitos coletivos, corrupção sistêmica.

ABSTRACT

The traditional procedure model cannot afford adequate and effective mechanisms for the protection of collective rights because it develops almost exclusively according to the same rules as the classic polarized procedure, without noticing the nuances of the right that is actually being discussed. Therefore, the system is founded in a dangerous combination: collective rights – whose concepts don't have a warrantable sociological foundation – are shrink to fit in a procedure archetype built to individual litigation, regardless all the complexity inherent to that kind of rights. In this context, the structural injunctions, born in north american reality, raise as an alternative to solve complex requests faced by the Judiciary. However, the problem is to know if the brazilian legal sytem and society are capable of absord, in an effective way, the institute wrought in such different reality. Furthermore, can this institute be applied in such a different legal system without contribute to create degenerate, or at least bureaucratic dialogues between public institutions? That happens because brazilian corrupt sytem cannot be ignored, on the opposite: it must be investigate if, in this specific context, the institute would be able to give proper answers to the problem of efectiveness of collective rights. The analysis has five steps: rethinking the traditional procedure model starting from the assumption of its insuficiency to regulate complex collective rights; historical analysis of the emergence of structural decisions in the American reality as an alternative capable of combating racial segregation; genesis of a detailed concept of structural injunction based on the sociological foundation mentioned in the step one and the characterics of the American model; critical discussion about the possibility of effective application of the institute in a social context clearly distinct from the North American; analysis of decisions made in Brazil indicated as examples of structural decisions, comparing them with the concept established in the third stage of the approach and analyzing, as much as possible, the ability to contribute to the effective realization of rights. The study, based essentially on bibliographic research, draws on jurisprudential analysis especially in the second and fifth stages, in order to bridge the gap between doctrine and procedural practice and provide more concrete insights to help answer the fundamental question: structural injunctions are a possible way?

Keywords: Structural injunctions, collective rights, systemic corruption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 REVISITANDO O PARADIGMA TRADICIONAL: POR QUE O PROCESSO ADVERSARIAL NÃO É SUFICIENTE?	16
1.1 Por uma nova classificação dos direitos coletivos.....	24
1.1.1 Considerações introdutórias: a necessária aproximação sociológica, os conceitos de conflituosidade e complexidade	24
1.1.2 Os litígios transindividuais de difusão global: o bem jurídico sem rosto ..	25
1.1.3 Os litígios transindividuais de difusão local: a perspectiva social compartilhada, os traços comunitários de identificação	32
1.1.4 Os litígios transindividuais de difusão irradiada: <i>overlapping circles</i> e a perturbação em níveis	32
1.2 O xeque-mate da realidade e a ineficácia mais ou menos extensa do “cumpra-se”	38
1.3 A inevitabilidade do processo e o Judiciário: por uma discussão responsável dos direitos fundamentais em Juízo	41
2 OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A <i>STRUCTURAL INJECTION</i>....	47
2.1 A escravidão pede passagem: <i>Dred Scott v. Sanford</i>.....	48
2.2 Segregação sobre os trilhos: <i>Plessy v. Ferguson</i>	50
2.3 <i>Separate but (not) equal: Brown v. Board of Education</i>	52
2.4 A realidade como instância final: <i>Brown vs. Board of Education II</i> e os desafios da efetividade	54
2.5 O que veio em seguida: <i>Brown</i> para além das escolas	59
3 A DECISÃO ESTRUTURAL, A QUEBRA DO PARADIGMA DECISÓRIO E A REALIDADE EM NÍVEIS: EM BUSCA DE UM CONCEITO	63
3.1 A multipolaridade, o problema da representação e a alternativa dialógica.....	64
3.2 Revisitando a atuação jurisdicional: as funções gerencial e legislativa do magistrado.....	67
3.3 A luz permanece acesa: os finais abertos do processo.....	74
3.4 Estamos apenas começando: o que vem após o trânsito em julgado?	79
4 O BRASIL E A COMPLEXA MODERNIDADE PERIFÉRICA: DELINEANDO O CONTEXTO DE IMPORTAÇÃO	86
4.1 A legitimação normativa, o poder geral de efetivação (arts. 139, IV e 536, §1º, ambos do CPC) e o problema do ativismo judicial	96
4.2 O entrave pragmático: a corrupção sistêmica, o bloqueio dos processos autônomos de reprodução e a ressalva apriorística oriunda da própria experiência norte-americana.....	106

4.3 O impasse circular ou o equivalente jurídico ao eterno dilema da anterioridade (o ovo ou a galinha?): a maturidade institucional como pressuposto das decisões estruturais ou como consequência delas? ..	114
5 DA TEORIA PARA A PRÁTICA: O QUE JÁ FOI VISTO NO BRASIL PODE SER VISTO COMO ESTRUTURAL?	117
5.1 O caso da Raposa Serra do Sol, a justiça de transição e o dia depois de amanhã.....	117
5.2 O Mandado de Injunção 708, o direito de greve dos servidores públicos e as condicionantes de aplicabilidade	120
5.3 A ADPF 378, o rito do <i>impeachment</i> e as diretrizes interpretativas: porque nem tudo é estrutural.....	123
5.4 O problema da educação infantil no Município de São Paulo: de um extremo a outro em apenas uma instância	125
5.5 A ACP do Carvão: o que acontece em Santa Catarina há mais de duas décadas?	129
CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS.....	137

INTRODUÇÃO

O ano era 1954. Nos Estados Unidos, a doutrina do *separate but equal* aplicada ao sistema educacional era mais uma vez posta em xeque na Suprema Corte, naquele que viria ser um dos casos mais emblemáticos do Judiciário norte-americano: *Brown v. Board of Education*. Em 17 de maio, por decisão unânime, afirmou-se que a segregação de negros e brancos nas escolas públicas, fundada unicamente na cor da pele, violava a Décima Quarta emenda da Constituição estadunidense.

A decisão, no entanto, encontrou óbices práticos incontornáveis, de modo que, um ano mais tarde, a Suprema Corte foi obrigada a examinar novamente a questão, no caso chamado *Brown v. Board of Education II*, oportunidade na qual ratificaria a ordem de não-segregação, mas condicionaria a implementação dessa ordem à adoção progressiva, pelos Estados federados, de medidas visando à eliminação dos entraves criados pela discriminação antes legítima (FISS, 1979).

Assim é que,

Em outras palavras, a ordem da Suprema Corte, considerando as dificuldades em satisfazer de pronto o direito postulado e a variedade dos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos (cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local) que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas (ARENHART, 2013, p. 395)

Voltando os olhos para esse julgamento anos mais tarde, Owen Fiss enxergou nele uma nova forma de adjudicação constitucional, que denominou de *structural reform* (JOBIM, 2013). A nova forma de enxergar a problemática estaria relacionada, como bem demonstra Thomas (2007, p.123), ao fato de que

[Em se tratando de direitos policêntricos] O processo tradicional era incapaz de lidar com a complexidade e aplicabilidade dos direitos públicos, que demandavam a técnicas e procedimentos de resolução de conflitos encontrados na mediação ou processos administrativos¹.

A legitimidade do Judiciário de participar da construção do modelo de sociedade, desde que respeitados os limites de um processo dialógico, no qual o

¹ “The argument was that traditional litigation was unable to handle the complexity and enforcement of public law rights, which required more problem-solving techniques and procedures found in mediation or administrative processes”. (Tradução livre)

magistrado exercesse com independência seu mister, passaria, então, pela adoção desse novo paradigma decisório (FISS, 1982), no seio desses processos coletivos, que funcionam como matrizes ao redor das quais gravitam um elevado número de interesses e perspectivas contraditórios em torno de um único órgão julgador, o juiz (FISS, 1985).

A questão é sintetizada por Alberto e Alberto (2014, p. 4):

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.

Se a postura (cada vez mais) ativa do Judiciário conduz, por vezes, a tensões decorrentes da fissura da tradicional estrutura dos Poderes no Brasil, seria legítimo enxergar, no instituto das decisões estruturais, uma resposta eficaz para equalizar as demandas sociais e o conflito institucional advindo da concretização de direitos sociais pontualmente, à míngua de medidas públicas de abrangência geral?

A resposta para essa pergunta, no entanto, demanda que, primeiro, coloque-se em perspectiva o modelo tradicional de processo. Sim, porque se precisamos cogitar um novo paradigma processual/decisório é porque aquele atualmente aplicado é incapaz de responder a tudo. É isso que será feito no primeiro capítulo, no qual defenderemos que o tradicional modelo adversarial de processo é incapaz de atender, satisfatoriamente, litígios coletivos complexos – que são artificialmente simplificados para caber no paradigma processual pensado para solucionar conflitos essencialmente individuais.

Com efeito, o Judiciário chamado a solucionar a querela entre dois vizinhos acerca de um espaço de garagem observará, essencialmente, o mesmo rito processual no qual será discutida a responsabilidade pela reparação ambiental de uma vasta área degradada por atividade mineradora predatória. Pela própria natureza de alguns litígios coletivos, o modelo processual tradicional é incapaz de fornecer instrumentos adequados à concretização de direitos.

Por essa razão é que, a partir do segundo capítulo, voltaremos atenção ao que aconteceu no Judiciário norte-americano naquele ano de 1954, de modo a identificar se aquele caso emblemático, no qual uma questão social tão delicada foi

discutida – e para a qual se forjou um mecanismo de concretização do comando decisório totalmente novo e que, a longo prazo, mostrou-se capaz de lidar com as diversas e complexas nuances da questão racial – é capaz de fornecer uma alternativa para o impasse que se experimenta atualmente na realidade brasileira, na qual um Judiciário com posição de protagonismo é diuturnamente chamado a preencher o vácuo institucional deixado pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

Feitas estas considerações acerca da insuficiência do modelo adversarial de processo no primeiro capítulo e identificado o contexto histórico e os traços característicos da decisão que, nos Estados Unidos do século XX, serviu para tratar de tutelar questão social sobremaneira complexa, cuidaremos, no terceiro capítulo, de estabelecer um conceito exaustivo do que podemos entender como decisão estrutural, sublinhando nuances que, no momento seguinte, seguirão para problematizar a delicada tentativa de importação do instituto para a ordem jurídica brasileira. Isso porque, firmes na premissa de que o direito não pode ser estudado isolado do seu contexto histórico-social, não olvidamos que, independentemente do quão bonita seja a vestimenta, ao fim e ao cabo, importa saber se vestirá bem o manequim, se lhe será funcional e atenderá às demandas específicas que a rotina lhe impõe.

Daí a dificuldade; porque não se trata de anunciar uma importação redentora como os boticários de outrora: eis aqui o que se faz lá fora para resolver tal problema; compre, aplique duas doses e tudo estará resolvido. O acaso não deve centrar o debate, ao menos não se o objetivo for conferir contornos técnicos à discussão.

Nesse sentido, se é verdade que o diálogo entre sistemas jurídicos autoriza a absorção e o desenvolvimento de novos regramentos e estruturas normativas, de modo a permitir que uma dada realidade seja revisitada a partir de experiências exitosas anteriores, é igualmente verdade que propagandar e pretender a assimilação imediata, pura e simples, de construções erigidas em contextos sociais completamente diversos constitui, no mínimo, uma temeridade.

Daí porque, no capítulo quatro, discute-se se a decisão estrutural, nascida na realidade norte-americana do século passado (capítulo dois) e conceituada no capítulo anterior, é capaz de ser recepcionada pelo ordenamento brasileiro, de modo a figurar como alternativa ao modelo processual polarizado que foi colocado em

perspectiva no início da abordagem, sem perder de vista a ponderação feita por Vitorelli (2016, p. 517), para quem,

Passou o momento de discutir se o Poder Judiciário poderia ou deveria exercer esse papel [de corresponsável pela discussão e implementação de políticas públicas]. Ele já demonstrou que pode e que o fará. O debate premente é em que termos essa intervenção deve ser feita para que seja adequada e eficiente.

Nesse quarto momento da abordagem, portanto, discutiremos a problemática da legitimação normativa do instituto, por meio da remissão ao regramento instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 acerca da atipicidade das medidas de concretização dos comandos decisórios (art. 139, IV, e art. 536, §1º).

Outro aspecto trazido à ribalta nesse penúltimo capítulo diz quanto às consequências que a corrupção sistêmica, característica da sociedade brasileira, é capaz de impactar na recepção adequada do instituto. Sim, porque se estamos falando em uma decisão que, conquanto proferida e executada no âmbito do Poder Judiciário, demanda a participação de diversos atores sociais, notadamente de instituições públicas sabidamente cerradas em suas burocracias internas – e, portanto, avessas ao diálogo –, é necessário ponderar o papel que ruídos externos de natureza econômica, política, religiosa, etc. podem ter no momento de concretização do comando decisório.

Ponderada e enfrentada a questão de fechamento do capítulo quarto – acerca da pergunta circular (a maturidade institucional como pressuposto das decisões estruturais ou como consequência delas?) –, encerramos a abordagem com a análise de precedentes que, tradicionalmente, são apontadas pela doutrina como exemplos de decisões estruturais no direito brasileiro.

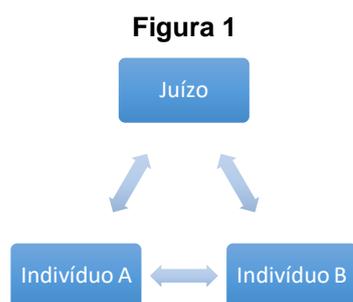
O resultado desse cotejo entre o que produzimos a nível de investigação abstrata e aquilo que pode ser encontrado na prática dos Tribunais serve à conclusão do trabalho, seja a fim de referendar a preocupação com o problemático contexto periférico de importação, seja com a finalidade de matizá-la a partir dos erros e acertos já identificados na prática.

1 REVISITANDO O PARADIGMA TRADICIONAL: POR QUE O PROCESSO ADVERSARIAL NÃO É SUFICIENTE?

De certa forma, faz parte de todo o trabalho científico dizer coisas óbvias; falar sobre amenidades doutrinárias e institutos sobre os quais não se discute porque, nesse momento da história, já não há o que discutir. O problema, de todo modo, não repousa no que de conhecido já se fala, mas no que se fará a partir dele: gravitar sobre o antigo em caráter recorrente é delicado; partir de conhecimento consolidado para dar um passo além e entreabrir as cortinas para algo que está sob a sombra das coxias é situação completamente diversa.

Por essa razão, quando se fala em iniciar toda a investigação a partir do paradigma tradicional do processo civil, a intenção não é causar enfado – ou fazer com que o destinatário do texto repense o tempo que será dedicado a essas linhas; o que se pretende, isto sim, é conferir à discussão uma partida conhecida para, somente na sequência arriscar o salto. Dito isso, sigamos a partir do conhecimento cristalizado.

É sabido por todos que estrutura tradicional do processo parte de uma fórmula simples e reconhecidamente eficaz²: indivíduos perfeitamente identificáveis, em polos contrapostos, mediados pela figura equidistante do julgador, em uma estrutura que obedece à consabida representação angular:



Fonte: Compilação do autor.

² Não olvidamos, aqui, a perene discussão quanto à questionável eficácia do processo, ainda mais especificamente do processo civil brasileiro – seja pela morosidade na enunciação do pronunciamento judicial, seja na tormentosa tarefa de lhe conferir efetividade. A expressão é empregada a partir em contexto teórico muito mais amplo, dissociado inclusive dos entraves da ordenação positiva vigente. A referência à eficácia desse tradicional paradigma processual remonta, sobretudo, à sua aptidão para instrumentalizar o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-juiz. Com efeito, a afirmação desse modelo tripartite está na base do movimento de evolução social que permitiu a migração do império da força para a forma racionalizada e equidistante de solução de controvérsias, capitaneada pelo juiz à cúspide. A eficácia aludida nesse momento, portanto, tem relação com a função pacificadora do processo e não obrigatoriamente com a concretização da tutela – aspecto esse que será retomado mais adiante em momento oportuno.

O direito entende e sabe lidar bem com essa estrutura binária – autor/réu, pretensão inicial/pretenção de bloqueio – e em torno dela constrói todo um arranjo procedimental capaz de legitimá-la e torna-la operacional. Tome-se, por exemplo, a dinâmica probatória da codificação vigente (art. 373 do CPC): as partes litigantes têm a ‘faculdade’ de instruir (ou não) o processo com elementos que corroborem as suas alegações, observando sempre o binômio liberdade-necessidade (MACÊDO; PEIXOTO, 2014) ³.

Partes, perfeitamente identificáveis, agem voluntariamente a fim de levar ao processo elementos capazes de influenciar na decisão do magistrado, cujo conteúdo está necessária e previamente vinculado à postura adotada pelo autor na peça de ingresso.

Com efeito, à parte autora cabe a prerrogativa de balizar a cognição do órgão julgador desde o princípio: a decisão há de observar os estreitos limites do pedido, não se podendo cogitar de decisão diversa da requerida, ou que imponha condenação em quantidade superior ou objeto diverso do pedido (art. 492, CPC). Na direção contrária, a parte demandada oferta pretensão de bloqueio, repelindo de maneira específica cada um dos pedidos (art. 336, CPC) que lhe são direcionados.

Novamente aqui o cenário que se apresenta é conhecido: partes, perfeitamente identificáveis, trazem ao conhecimento do Estado-juiz pretensões que obedecem um regramento claro de apresentação e impugnação, em um procedimento dialógico que resultará em um pronunciamento decisório cuja eficácia estará restrita aos termos iniciais e às partes integrantes da relação (art. 506, CPC).

A extensão da coisa julgada, nesse sentido, é uma das expressões mais características e coerentes desse paradigma tradicional do processo. Se a discussão diz respeito aos indivíduos A e B, não se poderia cogitar da extensão

³ Afora a iniciativa probatória, um aspecto interessante (quanto ao referencial necessariamente pretérito das provas) que precisa ser sublinhado de logo é o de que “em regra (e salvo pouquíssimas exceções não importantes) os fatos não entram no processo na sua materialidade empírica, de modo que nenhum dos sujeitos que participam do processo e em particular o juiz, podem percebê-los diretamente. A razão banal disso é que normalmente os fatos que devem ser verificados já ocorreram antes do processo (às vezes muito tempo antes) e ainda ocorreram <fora> do contexto processual” (TARUFFO, 2013, p. 38). Daí porque o raciocínio utilizado no paradigma processual tradicional tem caráter retrospectivo: afirma-se uma situação presente, com efeitos para o futuro (certificação objetivando o cumprimento de sentença), a partir de um olhar para o passado, sobre aquilo que já passou e sobre o que se pode provar. Será explicado mais adiante, no entanto, que uma decisão estrutural possui um caráter inevitavelmente dinâmico que não comporta uma vinculação definitiva ao passado. Ao reverso, uma decisão dessa natureza está sendo ao tempo todo revisitada e reconstruída, a partir das checagens e releituras feitas durante o processo de efetiva concretização do comando (FERRARO, 2015).

prejudicial dos efeitos do pronunciamento jurisdicional àquele que não teve voz na contenda, que não contribuiu em qualquer medida para aquele resultado.

Tudo isso é expressão dessa arquitetura processual binária, forjada em contextos histórico e social específicos, que se mostrou capaz de promover o equilíbrio racional de forças e, com pequenos acertos de rota, foi se aperfeiçoando e se consolidando ao longo dos anos como o meio racionalmente mais viável de anular o antigo império da força e afirmar a austeridade do Estado Juiz.

A lógica é simples e pega de empréstimo a velha máxima do esporte: em time que está ganhando não se mexe. Salvo um ou outro ajuste tático, uma ou outra substituição para repor o cansaço, quem ganha continua. O modelo tradicional, conquanto permanentemente bombardeado por críticas (valorativas e estatísticas) que argumentam em prol da sua inefetividade, tem se mostrado sólido o bastante para permanecer. Mesmo porque, se bem pensadas as coisas, mesmo os ataques mais contundentes colocam em xeque aspectos dogmáticos, opções legislativas por tal ou qual caminho, não a 'estrutura' processual propriamente dita. Essa se afirmou vencedora, no mínimo pela ausência de modelo equivalente com condições de substituí-la.

Acontece que o crescente processo de complexificação das demandas sociais tem alterado de maneira significativa os contornos do jogo. Fala-se, portanto, de mudanças que não se processam no plano dogmático, mas em plano fático (imperativo e anterior). O que se busca explicar é que esse processo de complexificação, operado no âmbito do direito material, trespassa o processo de uma ponta a outra como uma flecha e deságua no ponto mais delicado da atividade jurisdicional: o de fazer-se eficaz perante a situação fática que justificou sua intervenção. Em outras palavras: se, em um primeiro momento, partimos da eficácia *in abstracto* do modelo adversarial tradicional como catalisador da intrincada função pacificadora do processo (e à míngua de alternativa equivalente), no segundo momento, passamos a trabalhar com a efetividade do provimento jurisdicional, proferido em um determinado contexto litigioso a que jogaremos luzes na sequência.

Para que não sejamos acusados de perder-nos em floreios semânticos, servimo-nos de exemplo dos mais corriqueiros: o da pretensão individual de fornecimento de um dado medicamento – ou do custeio de um determinado tratamento médico. Demandas dessa natureza não são novidade, sobretudo no contexto de precarização crescente do sistema de saúde pública do Brasil.

Diariamente, indivíduos de todas as partes do país rogam ao Judiciário que o Estado seja instado a lhes fornecer o medicamento “X”, ou arque com procedimento “Y” – que, embora não esteja previsto de maneira expressa no rol do SUS, supostamente seria o mais adequado ao tratamento da sua doença.

Antecipando o questionamento imediato e natural do leitor: mas se essa situação não é propriamente inédita, por que citá-la como exemplo de complexificação social a justificar a defesa de uma releitura do paradigma processual tradicional?

A expressão da fragilidade do Judiciário não se apresenta no indivíduo, mas na coletividade; ou, em termos mais elaborados, o problema não está na ausência de ineditismo, posto que de há muito demandas dessa natureza são formuladas, mas no plano coletivo de um Estado que se vê obrigado, por diversas frentes, a cumprir determinações que impactam de maneira decisiva no planejamento das políticas públicas de saúde.

Nas palavras de Arenhart (2017a, p. 476),

(...) O que na realidade esse processo individual [de fornecimento de medicamento] faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que, aquilo que está em jogo nessa causa, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país. E, pior, ao condicionar a distribuição desses recursos a partir do ajuizamento das ações individuais, faz com que eles sejam alocados segundo: a) a maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses; b) a anterioridade do exercício de ação; c) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente (que, *ultima ratio*, é aquele que mais facilmente preenche os dois primeiros requisitos).

O tema será retomado adiante, de modo que a pretensão nesse momento não está em mergulhar com profundidade na discussão. Por ora, o que importa consignar é que a situação de falência progressiva do sistema público de saúde, somada à multiplicação de pretensões individuais visando suplantar as deficiências estruturais desse sistema, conduzem o Judiciário a uma rua sem saída: diante do processo adversarial perfeitamente estruturado, ou o julgador acolhe ou denega a pretensão (princípio do dispositivo) individual; no primeiro caso, acresce à pilha de decisões mandamentais uma nova ordem – que, a depender do contexto, pode se

mostrar até mesmo inexecutável⁴; no segundo, atrai para si o ônus argumentativo de matizar, *in concreto*, garantias fundamentais das mais caras à ordem constitucional brasileira (direito à vida, à saúde, à dignidade...).

Assim é que, na prática, o que tem sido feito é tratar problemas profundamente mais complexos⁵ com o mesmo instrumental disponível para conflitos simples entre particulares. Ou, para relacionar tematicamente com o exemplo oferecido: às novas patologias têm sido aplicados, indiscriminadamente, os mesmos protocolos de tratamento de outrora, sem investigar se os sintomas são representativos de uma nova doença ou apenas a repetição de um quadro viral para o qual já temos respostas adequadas e suficientes.

É sintomático que o processo civil brasileiro entre em crise ao se deparar com situações dessa natureza. A um porque, a noção instrumental – de constructo elaborado como forma de certificação do direito material – serve à tentação de isolamento do direito processual: ao fim e ao cabo, o problema não estaria no procedimento, mas em obstáculos de concretização indissociáveis do próprio direito material; a dois porque, por um imperativo sistêmico, o processo precisa dar uma resposta às partes e esse pronunciamento, como trataremos adiante, tem aparência e eficácia imediata satisfatórias⁶.

Ocorre que o processo não acontece a despeito do contexto social e histórico⁷. Ao incremento da complexidade das demandas sociais, deveriam

⁴ Dentre todos – e exemplificativamente –, trazemos à lembrança o caso da pequena Maria Helena, nascida com espinha bífida, e que não conseguiu vaga na UTI mesmo após os seus representantes obterem determinação judicial específica. ANJOS, L. Recém-nascida com espinha bífida está sem UTI mesmo com decisão judicial que determina vaga em MT. G1, 08 jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/recem-nascida-com-espinha-bifida-esta-sem-uti-mesmo-com-decisao-judicial-que-determina-vaga-em-mt.ghtml>. Acesso em: 03 set. 2018.

⁵ A exata delimitação do conceito de complexidade, será feita adiante a partir de referencial teórico específico, inclusive com a diferenciação entre as formas (origens) de complexidade. O que importa registrar, por ora, é que “complexidade” não é utilizada aqui no sentido corriqueiro. Há um aprofundamento vertical que precisa ser levado em consideração na análise, por um imperativo de coerência. Ao seu tempo, retomaremos esse ponto, de modo que fica apenas o registro de que a menção feita à complexidade nesse momento deve ser enxergada na profundidade com que, mais adiante, o vocábulo será matizado.

⁶ Nesse sentido, a crise ora ventilada se situa em momento posterior àquela mencionada por Cappelletti (1988). Se para o mestre italiano o problema da tutela dos direitos coletivos estava na invisibilidade deles para o sistema (considerando que a velha dicotomia público-privado terminava por afirmar como estatal todos aqueles interesses que não estavam adstritos à esfera particular), o que argumentamos é que, a despeito da previsão legal acerca dos direitos coletivos (art. 81, CDC), o modelo processual no qual esses direitos são discutidos fornece instrumental insuficiente à sua concretização.

⁷ Nesse sentido: “ao contrário do que parece a muitos processualistas, não existe uma teoria formal do processo, pois não existem formas processuais a-históricas, categorias processuais a priori nem conceitos corretos em si. Só existe o processo produzido historicamente, e as categorias teóricas são

corresponder adequações mais ou menos extensas ao paradigma processual vigente⁸.

O que tem sido feito para acompanhar a crescente complexificação dos conflitos sociais, no entanto, não é propriamente um rearranjo/ressignificação dogmático visando à adaptação do paradigma processual às novas formas de comunicação sociais, mas uma temerária 'redução artificial de complexidade': em uma estrutura mais ou menos rígida, pensada para abarcar uma forma específica de direito – partes, perfeitamente identificáveis, discutem um direito de extensão aprioristicamente determinada, cujos efeitos afetarão apenas as partes litigantes – todas as novas e complexas relações sociais conflitantes são ambientadas.

Suponha o leitor que o processo seja uma mala de viagem confeccionada em um material que, conquanto permita alguma mobilidade, não seja capaz de variar significativamente o seu volume. Essa mala-padrão é entregue a todo aquele que se propuser a ingressar em Juízo, sem qualquer questionamento quanto ao que será condicionado em seu interior. Na maior parte das vezes, dada as dimensões da mala, a natureza dos pertences e a habilidade dos que a manuseiam, ela servirá bem à finalidade. Ocorre que, por ser padrão único, a mesma mala que ambienta o conflito indenizatório entre vizinhos por uma vaga na garagem é, na essência, a mesma que discutirá uma delicada ação de responsabilidade por dano ambiental movida em face de uma grande mineradora. Ou seja, embora o direito material seja indiscutivelmente mais complexo a estrutura do processo civil não difere. Às partes e ao julgador, é imposto o ônus de fazer com que a discussão caiba nos limites mais ou menos estreitos do recipiente, nem que para isso tenha de se socorrer da manobra conhecida de todo viajante que, após exagerar nas compras, senta-se sobre a mala na tentativa de reduzir o volume da bagagem (*shrink to fit*).

Podemos ilustrar o argumento também a partir da adaptação da metáfora do paletó proposta por Sánchez Rubio⁹. A imagem é simples, objetiva e engenhosa: os

construídas indutivamente sobre essa prática, e não dedutivamente a partir de uma atividade idealizada. Todavia, a postura típica dos processualistas implica a inversão desses polos, o que acarreta um alheamento da realidade e a atribuição de caráter racional a conceitos contingentes, tais como as já citadas noções de ação, jurisdição e lide". (COSTA; COSTA, 2011, 421)

⁸ A partir de Luhman é legítimo sustentar que o processo de evolução do direito – e, naturalmente, com o processo não seria diferente – consiste em uma rearticulação das estruturas existentes às novas feições das expectativas emergentes e se processaria nos seguintes termos (NEVES, 2016): quando o sistema se depara com uma nova forma de comunicação (variação), verifica se essa estrutura desviante pode servir como diretiva das comunicações ulteriores (seleção), para somente então ser compatibilizada com o mesmo sistema (restabilização).

direitos humanos, com o avançar dos anos, a complexificação das relações e o empoderamento de minorias originalmente esquecidas, mostraram-se incapazes de fornecer respostas e garantias suficientemente globalizantes. A “vestimenta”, portanto, torna-se obrigatória mesmo para aqueles que não se encaixam no modelo eurocêntrico e linear-geracional no qual o conceito de direitos humanos foi cunhado (SANCHEZ RUBIO, 2014).

O paralelo: o paradigma processual é o mesmo, independentemente do direito material que está sendo discutido, inclusive no tocante a tutela dos direitos coletivos.

Esse, aliás, é um ponto relevante: a despeito das opiniões de quem enxerga nas inovações legislativas ocorridas no direito brasileiro um efetivo subsistema (ou microssistema) para tutela dos interesses coletivos (ZAVASCKI, 2005; ABELHA, 2008), parece-nos inequívoco que, em verdade, o que temos experimentado não passa de um exercício de adaptação ora mais, ora menos delicado da estrutura que serve ao direito individual.

Como bem anota Arenhart (2015), a tutela coletiva brasileira, em apertada síntese, consiste em um processo individual no qual o autor (Ministério Público, por exemplo) detém legitimação apriorística e inquestionável para falar em nome de uma coletividade, detendo o monopólio da expressão de sua vontade e defesa dos seus interesses. Rigorosamente, no entanto, “os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito” (ARENHART, 2015, p. 213).

Com efeito, se bem pensadas as coisas, o processo coletivo brasileiro reproduz com pouca (ou eventualmente) nenhuma diferença as regras que informam o paradigma adversarial tradicional: o princípio da demanda está presente, o princípio dispositivo idem; as questões afeitas à dinâmica probatória que culminam

⁹ “Parece que os direitos humanos e sua visão geracional são como a roupa do conto: estão feitos para um corpo concreto, com um propósito e uma finalidade, porém aquelas pessoas que possuem corpo e figura diferentes (por mais magra, mais obesa, mais alta ou mais baixa) ou que por razões de seu contexto não necessitam exatamente de uma roupa feita desta maneira, mas não possuem outra alternativa a não ser expressar sua corporalidade e espiritualidade, usando uma roupagem que não atende suas demandas e não se encaixam bem com seus imaginários. Insistindo na mensagem da estória, os direitos humanos em sua versão mais extensa são como um traje que serviu e serve a um coletivo, porém é demasiadamente largo para que caibam todas as reivindicações, demandas de outros grupos, coletivos ou movimentos sociais. Estas necessitariam outra vestimenta que se adaptem melhor a seus universos simbólicos e suas condições de existência” (2014, p. 88 e 89).

no pronunciamento jurisdicional também repetem a lógica do modelo tradicional (ARENHART, 2015).

O que temos, portanto, é um processo coletivo que consiste apenas em uma projeção da estrutura tradicional; como se em um veículo novo, o painel redecorado fizesse exatamente as mesmas funções do anterior, sobre o mesmo chassi e mecânica. Nesse ponto, é possível – e legítimo – retomar o que foi afirmado pouco acima quanto à redução artificial de complexidade: na medida em que, afora os instrumentos de aparente legitimação plural¹⁰, o nosso processo coletivo reafirma toda a estrutura polarizada da demanda, de modo que terminamos por desaguar na mesma dificuldade quanto à inexistência de um paradigma processual capaz de fornecer respostas adequadas e sustentáveis a litígios complexos.

Como bem pondera Vitorelli (2016, p. 31),

As categorias processuais atualmente desenvolvidas, mesmo que adaptadas, não fornecem boas soluções para que se atinja esse objetivo [de tutelar adequadamente litígios complexos]. Por essa razão, é necessário delinear um esquema totalmente novo para lidar com esses litígios.¹¹

Para o exame ora proposto interessa especialmente uma dimensão desse esquema inédito a que faz menção Vitorelli (2016): a das decisões estruturais – que têm relação com uma forma particular de interesse coletivo e, abarcando toda a complexidade desse direito material judicializado, busca fornecer elementos capazes de permitir às partes e ao Estado-juiz a efetiva concretização do comando decisório.

Para a análise a que ora se propõe, contudo, não basta ingressar no conceito de decisão estrutural e, processualmente falando, argumentar por sua pertinência e relevância. Por coerência epistemológica – vale dizer, por não enxergar o processo

¹⁰ Novamente com Arenhart (2017, p. 477 e 478): “(...) mesmo a dita ‘representação’ feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer (...) aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige”.

¹¹ Nesse sentido, ao perfilar o posicionamento de Vitorelli, estamos divergindo de Gidi (2003). Com efeito, embora reconheça que o tradicional modelo jurídico brasileiro é insuficiente ao tratamento dos direitos coletivos – “Until quite recently, Brazilian law largely reflected the needs of a vanishing agricultural and individualistic society that is now at odds with the country’s new role as a semi-industrialized economy. The old legal model was not sufficiently well equipped to deal with collective or mass conflicts inherent to modern society. In order to respond to a growing body of concern over group interests, mere adaptations of existing rules were not enough (GIDI, 2003, p. 347) –, Gidi sugere que mudanças como a conceituação de direitos coletivos pelo CDC e a representatividade conferida ao Ministério Público, por exemplo, indicariam que o país estabeleceu um modelo processual capaz de responder às necessidades da nova sociedade de massa.

como um artefato extremo do direito material, mas como ramos imbrincados em permanente e mútuo movimento de construção e ressignificação –, é preciso preceder a investigação processual de fundamento teórico sólido acerca dos direitos coletivos que serão salvaguardados por esse tipo específico de decisão.

Com efeito, havemos de pecar antes por excesso de zelo metodológico que por covardia; e essa investigação não seria coerente se, antes de colocar em perspectiva o modelo tradicional, deixasse de erguer as bases de direito material sobre as quais uma nova dinâmica processual (de tutela de interesses coletivos) será defendida – dinâmica essa que, numa espécie de movimento à Binet¹², também ela será colocada em xeque a partir do contexto brasileira.

É sobre o que se passa a discorrer na sequência.

1.1 Por uma nova classificação dos direitos coletivos

1.1.1 Considerações introdutórias: a necessária aproximação sociológica, os conceitos de conflituosidade e complexidade

Começamos essa investigação a partir de um argumento muito claro: a estrutura tradicional de processo não é suficientemente capaz de responder todos os tipos de direitos; a depender da “matéria” que estiver sendo discutida, os mecanismos processuais pensados aprioristicamente pelo legislador não são capazes de fornecer respostas adequadas. A pretensão de cobrança do indivíduo A contra o indivíduo B é bem processada; a pretensão de uma coletividade, mais ou menos indeterminada, buscando a concretização de um direito fundamental, no entanto, coloca o sistema diante de desafios sérios.

¹² A que nos referimos: em *Quem matou Roland Barthes?*, o escritor francês Laurent Binet (2016) constrói uma narrativa policial moderna a partir de uma revisitação livre ao acidente que viria a causar a morte do famoso semiólogo (também) francês. Partindo da inversão do silogismo (no livro a morte de Barthes vem primeiro para, só então, passar às premissas), a narrativa se desenvolve com o policial Jacques Bayard e o professor de semiótica Simon Herzog tentando desvendar quem estaria por trás da morte e quem deteria o documento contendo a descrição da sétima função da linguagem. A referência que fazemos, portanto, diz quanto à estrutura cíclica do romance policial de Binet – que, como toda boa obra do gênero, é permanentemente reconstruída pelo leitor a partir dos espaços de narrativa propositalmente criados pelo autor – e à tentativa que faremos de significar, ressignificar para, enfim, situar o lugar que, no nosso entender, as decisões estruturais ocupam no direito pátrio ao tempo em que estas linhas são escritas.

O que queremos dizer, portanto, é que a análise ora proposta não pode prescindir do direito material. Porque o grau de complexidade da matéria condiciona de forma determinante a discussão quanto à eficácia da decisão judicial.

Assim é que, rigorosamente falando, um trabalho sobre decisões estruturais que não enfrente, mesmo superficialmente, a tormentosa questão material dos direitos coletivos se aproxima perigosamente de uma petição de princípio¹³, a demandar uma adesão subserviente do destinatário¹⁴.

Se não pretendemos analisar irresponsavelmente uma nova forma de tutela coletiva de direitos, portanto, é necessário partir de um pressuposto teórico material que seja capaz de fornecer respostas suficientes a problemas que variam a depender da complexidade do direito discutido¹⁵.

Ocorre que, do ponto de vista do direito material, a tipologia dos direitos coletivos, tal como salvaguardada no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, traz um problema grave, anotado por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2018, p. 90) nos seguintes termos:

O Direito processual coletivo brasileiro – ao menos aquele que decorre das leis que compõem o respectivo microssistema – não se preocupou em construir modelos procedimentos (*sic*) adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos. É como se qualquer tipo de conflito pudesse tramitar, adequadamente, pelo mesmo e único modelo de procedimento comum, regulado pela Lei n. 7.347/1985.

É precisamente para contornar esse impasse que Vitorelli (2017) inverte a ordem das coisas e, rejeitando a classificação abstrata de direitos, propõe uma nova tipologia dos direitos coletivos a partir do litígio empiricamente verificado e dos indicadores de conflituosidade e complexidade.

¹³ Petição de princípio é uma falácia argumentativa na qual um argumento se (auto)valida, em uma estrutura circular na qual a conclusão já está contida na premissa. Se dizemos que Deus existe porque assim diz a bíblia e a bíblia é a palavra de Deus, instauramos um argumento circular cuja legitimidade somente subsistiria se se aceitasse que a conclusão estivesse amparada na premissa (FIORIN, 2017).

¹⁴ Algo como: o processo coletivo não pode mais existir sem o instituto das decisões estruturais porque são elas as responsáveis pela superação do problema de efetividade dos pronunciamentos jurisdicionais.

¹⁵ Por essa razão parece-nos insuficiente a análise proposta por Marco Félix Jobim (2013) por ocasião do seu doutoramento. É bem verdade que, à época, os estudos sobre decisões estruturais sequer tangenciavam o ordenamento brasileiro – e certamente loas deverão ser conferidas ao Professor pelo ineditismo da abordagem –, mas a crítica ainda assim é pertinente: a tese tratou da questão em termos eminente comparativos e abstratos, olvidando que o cerne da controvérsia passa, antes, pela identificação da complexidade material que repercute na inefetividade das decisões que versam sobre direitos coletivos.

O desafio que Vitorelli propõe a si mesmo parece-nos particularmente revolucionário por uma premissa corajosa, qual seja, “a [de que] correta conceituação dos direitos transindividuais depende de uma reaproximação com a Sociologia” (2016, p. 71).

Isso porque, o direito brasileiro, adotando uma postura eminentemente pragmática, não se preocupou em traçar conceitos sociologicamente claros para os direitos metaindividuais. Ao revés, construiu-se a ideia de que direitos dessa natureza são de todos – sociedade ou grupo –, sem que se atentasse para a importância da correta delimitação dos seus círculos de abrangência. Assim é que, “a tautologia fundante da tutela coletiva brasileira é a de que os direitos transindividuais são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém” (VITORELLI, 2016, p. 35).

Uma releitura responsabilmente orientada, portanto, precisaria enfrentar o desafio de, a partir de um fundamento sociológico válido, analisar os diversos matizes que informam do conceito de direitos transindividuais. É o que Vitorelli (2016) faz a partir do recurso ao conceito cunhado por Elliot e Turner, especificamente a partir da ideia de sociedade como criação¹⁶.

Partindo desse aporte teórico é que Vitorelli (2016, p. 49) escreve:

Se a sociedade não é nada além das relações entre indivíduos, é preciso abrir mão dos fundamentos metafísicos tradicionais que procuravam fundamentá-la. É impossível tratar a sociedade como um objeto estático. Ela é algo que acontece, que está acontecendo. Não há sociedade feita. Há o fazer sociedade, um processo que está sempre em andamento.

Se a sociedade é constituída por esse emaranhado de dimensões comunicacionais mais ou menos densas, mais ou menos elásticas¹⁷, é legítimo

¹⁶ “Nós tentamos pensar as sociedades modernas em termos de criação e elasticidade, ou seja, evitando a armadilha da nostalgia negativa, a partir da qual, com a morte da sociedade, existe apenas fragmentação ou um vácuo. Ao contrário, nós enxergamos as relações sociais sendo constantemente reconstruídas e ressignificadas – mas não como estruturas sólidas ou grupos primários rígidos. Nós vemos a sociedade ressignificada, estendendo-se sobre o espaço e o tempo em uma série de conexões tênues, mas elásticas” (tradução livre). No original: “(...) *We seek to think about modern societies in terms of creation and elasticity, thereby avoiding the trap of negative nostalgia in which, with the death of society, there is only fragmentation or a vacuum. By contrast, we see social relations being constantly rebuilt and refashioned – but not as solid structures or sticky primary groups. We see the social as re-fashioned by stretching over space and time in an array of thin but elastic connections*” (ELLIOT; TURNER, 2012, p. 103).

¹⁷ “A metáfora da elasticidade social nos fornece uma valiosa entrada para a natureza das sociedades modernas que agora estão muito mais afastadas do mundo fixo e estrutural das sociedades tradicionais, assim como das sociedades que denominamos de rígidas. Enquanto as sociedades tradicionais eram tipicamente ligadas à terra, as pessoas agora vivem em sistemas sociais que estão

estender o raciocínio para afirmar que os direitos coletivos, nascidos no interior dessa sociedade não obedecem a titularidades e abrangências pré-determinadas. Nesse sentido, o dogma da indivisibilidade, que visualizou os direitos transindividuais em situação de integridade, “inviabilizou a percepção de que a intensidade com a qual os indivíduos são atingidos por sua lesão é empiricamente variável” (VITORELLI, 2016, p. 74).

A partir da assunção dessa variabilidade, Vitorelli firma as duas premissas que, na sequência, permitirão a propositura de uma nova tipologia para os direitos coletivos: a titularidade de um direito coletivo somente pode ser definida diante de alguma lesão ou ameaça concreta (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018); e “essa construção é orientada por dois indicadores: a complexidade e a conflituosidade” (VITORELLI, 2017, p. 373).

Retomando o quanto já dito a partir do marco teórico sociológico: se a sociedade – e, portanto, os direitos nela originados – é fruto de relações dinâmicas de comunicação, a pretensão de estabelecer categorias rígidas e abstratas de classificação dos direitos coletivos é um contrassenso. Equivaleria, analogamente, a comprar um calçado às cegas para somente depois avaliar seu caimento. Ou, na voz do criador das premissas, “é chegada a hora de a doutrina brasileira deixar de se deter sobre o exercício, tão interessante quanto inútil, de tentar classificar as pretensões coletivas em três categorias abstratas que não são capazes de explicar a realidade” (VITORELLI, 2017, p. 375).

Os indicadores de complexidade e conflituosidade surgem, então, como consequência natural da proposta de individualização da análise, a partir da quebra do paradigma da indivisibilidade acima mencionada.

O primeiro deles é um elemento “exógeno” e diz quanto às múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Ou seja, quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as formas de tutela potencialmente incidentes, maior será o grau de complexidade do litígio (VITORELLI, 2016). Pense o leitor, por exemplo, em uma ação coletiva para discutir os danos causados pela ação lesiva de uma mineradora, como o desastre ocorrido há alguns anos na cidade de Mariana (MG).

apenas indiretamente conectados ao espaço físico” (tradução livre). No original: “*The metaphor of social elasticity provides us with a valuable entrée into the nature of modern societies that are now far removed from the fixed and structured world of traditional societies, as well as societies that we have called ‘sticky’. Whereas traditional societies were typically closely tied to the land, people now live in social systems that are only indirectly connected to physical space*” (ELLIOT; TURNER, 2012, p. 102).

A conflituosidade, por seu turno, é uma característica endógena e guarda relação com a maior (ou menor) uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Em outras palavras, quanto mais variado for o modo como os indivíduos forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade – considerando que a diversidade de impactos será diretamente proporcional à divergência de interesses sobre o resultado esperado do litígio (VITORELLI, 2016). Imagine o leitor a hipótese de um litígio relativo ao fechamento de um hospital psiquiátrico, em virtude dos maus tratos praticados contra os pacientes. Um litígio dessa natureza precisaria lidar, por exemplo, com interesses dos próprios internos, dos seus parentes, dos funcionários do hospital, do Estado. Seria possível, inclusive, visualizar antagonismos de interesses dentro dos próprios grupos: admita-se, por exemplo, que parcela dos parentes defenda a remoção dos internos para outra instituição mantida pelo Estado, enquanto outros sustentem que o bem-estar dos pacientes seria mais bem preservado se eles fossem recebidos pelas famílias, com o tratamento domiciliar parcial ou totalmente mantido por verbas públicas (VITORELLI, 2017).

Serão esses dois indicadores que servirão como norte para propositura de uma nova classificação dos litígios coletivos, coerente com a premissa de divisibilidade dos direitos transindividuais.

São essas categorias que serão examinadas doravante.

1.1.2 Os litígios transindividuais de difusão global: o bem jurídico sem rosto

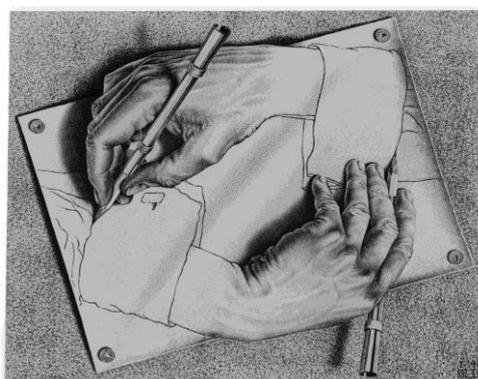
Na capa do livro *O sonâmbulo amador*, do pernambucano José Luiz Passos (2012), um homem trajando camisa de manga curta se destaca em primeiro plano. Ao fundo, uma série de engrenagens fabris se multiplicam em padrões quadrangulares: o que em um primeiro momento parece pura confusão ganha traços ordeiros quando o leitor fraciona a vista. Na parte inferior direita, à altura da cintura do homem sem rosto, dois pares de rolos – por onde escorre o que, a julgar pela temática do livro deve ser o tecido a ser manufaturado na tecelagem – estão dispostos frente à frente. Pouco acima desse primeiro quadro, os mesmos dois rolos foram girados a uma angulação de 90° e reduzidos em proporção que um observador externo não consegue mensurar. O padrão se repete em uma sequência em forma de espiral – que, se não chega a esboçar um movimento perpétuo (à

Escher¹⁸), sugere ao leitor a impotência de não saber precisar em que momento, ou mesmo “se”, o movimento da espiral será interrompido.

Refiro-me precisamente a essa capa¹⁹:

¹⁸ Fazemos referência ao conceito de voltas estranhas tão caro ao artista gráfico holandês, que entrelaça hierarquias para prender o observador de suas obras em um movimento sem fim: “implícito no conceito de voltas estranhas está o conceito de infinito, pois o que é uma volta senão uma maneira de representar um processo sem fim de modo infinito? E o infinito desempenha um grande papel em muitos desenhos de Escher. (...) A simples presença de dois níveis convida o espectador a contemplar-se a si mesmo como parte de um terceiro nível; e, ao dar esse passo, o espectador não pode evitar ver-se envolvido na cadeia de níveis implícita em Escher, cadeia na qual a cada nível sempre corresponde outro, superior e de maior ‘realidade’, e do mesmo modo, ainda outro, inferior e ‘mais imaginário’. Isto pode ser algo estonteante em si mesmo. Que acontece, entretanto, se a cadeia de níveis não for linear, mas sim compuser uma volta? O que será real, nesse caso, e o que será fantasia? O gênio de Escher está em que ele não só imaginou, mas, na verdade, descreveu dezenas de mundos semi-reais e semimíticos, mundos repletos de voltas estranhas aos quais ele parece convidar seus espectadores” (HOFSTADER, 2001, p. 16) Uma das representações mais clássicas do artista holandês é a intitulada *Mãos que desenham*, na qual o observador externo não consegue precisar que mão desenha qual:

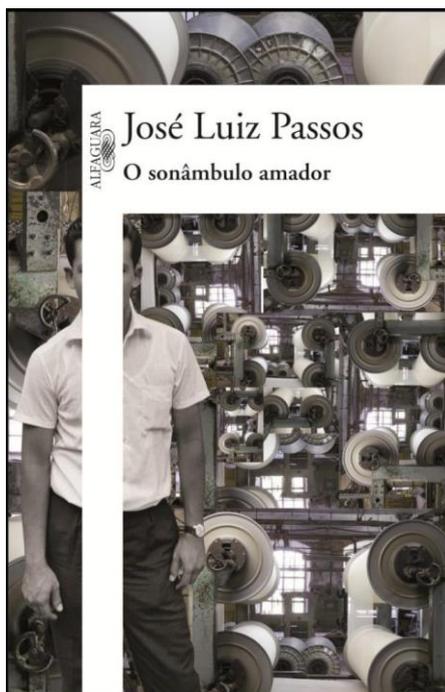
Figura 2 – *Drawing hands* (1948)



Fonte: M.C. Escher, *Drawing Hands*. ©2017 The M.C. Escher Company, The Netherlands.

¹⁹ Ao se deparar com o esse recurso visual, o Professor Francisco Barros formulou questionamento de sagacidade ímpar a partir da seguinte ponderação (que reproduzimos em nossas palavras): na imagem, o rosto é artificialmente encoberto; assim sendo, não seria contraditório utilizá-la como ilustração de uma espécie de litígio caracterizada como “sem rosto”. Ou, agora nas palavras do Professor: “nos litígios em comento não há rosto ou ele foi artificialmente encoberto?” O questionamento se torna ainda mais delicado quando lembramos que, pouco adiante, argumentamos que o modelo tradicional de processo impõe aos direitos coletivos uma redução *artificial* de complexidade. Ou seja, estaríamos, aqui, incorrendo no mesmo equívoco que denunciámos? Vejamos. No livro de José Luiz Passos, o personagem central da história atende pelo nome de Jurandir, chefe de segurança do trabalho de uma empresa de tecelagem que, em viagem a Recife (e sem qualquer justificativa), atea fogo ao carro da firma e perde o controle das suas ações. Pouco depois, quando internado em um manicômio, Jurandir é incentivado pelo psiquiatra a registrar seus sonhos. A partir desses registros, o personagem entrelaça eventos do passado, relatos da sua juventude, sua rotina no manicômio, até o ponto em que, de fato, os limites entre o real e o onírico se tornam cada vez mais imprecisos. A imagem tenta ilustrar a “confusão mental [desse homem] por meio do caleidoscópio formado por imagens de uma fábrica de tecidos” (explicação pinçada do *site* do ilustrador responsável pela capa: <https://www.mateusvaladares.com/capas/o-sonambulo-amador/>). Assim é que, o homem da capa é, presumivelmente, Jurandir, o personagem central do livro. Só que essa presunção é incapaz de lhe conferir traços minimamente mais concretos. Primeiro porque ao longo da narrativa, o personagem não tem suas feições detalhadas; em seguida, porque é impossível

Figura 3



Fonte: Livro “O sonâmbulo amador”²⁰

A questão, que certamente ocupa o pensamento do leitor a essa altura, no entanto, é aonde se pretende chegar com essa referência. Senão por mais, pelo simples fato de que dissertações jurídicas não costumam socorrer-se de argumentos como os invocados nessa oportunidade. Se o fazemos, no entanto, é a fim de tomar de empréstimo um recurso gráfico para ilustrar a impessoalidade dessa categoria de direito coletivo. O paralelo vem a seguir traçado. Por ora, é necessário chamar atenção apenas para um detalhe essencial: na capa, uma fita branca atravessa o homem de cima a baixo e seu rosto jamais será conhecido pelo espectador.

É justamente essa imagem do homem sem rosto, do indivíduo cujas feições jamais se mostrarão por inteiro no emaranhado confuso do chão-de-fábrica, que servirá ao alinhavo desse argumento.

Como exposto nas linhas de abertura, um dos traços fundamentais do processo tradicional é a personalização daqueles que disputam em Juízo um determinado bem jurídico.

saber qual Jurandir é aquele da capa (o real ou o seu equivalente onírico?; o jovem real ou uma projeção passada em sonho?): quando os limites entre realidade e devaneio se rompem, a noção de tempo também se esvai. Assim é que, no nosso entender, a indefinição quanto ao rosto do personagem é anterior à faixa branca vista na capa. Ou, em outras palavras, não se trata de um rosto artificialmente encoberto, mas sim impossível de ser apreendido.

²⁰ PASSOS, José Luiz. O sonâmbulo amador. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Acontece que, em alguns casos, a depender da natureza do dano, a individualização do titular do direito se torna rigorosamente impossível. Não se trata sequer de uma ‘dificuldade’ de ordem prática, mas de uma ‘impossibilidade’ efetiva.

Imaginemos que, durante uma das operações do pré-sal no meio do Atlântico, ocorre um vazamento de algumas poucas dezenas de litros de óleo. O dano ambiental evidentemente está caracterizado, afinal, o ecossistema foi degradado, em maior ou menor medida. O titular do bem jurídico lesado, no entanto, não possui rosto. Em situações dessa natureza, “em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura” (VITORELLI, 2016, p. 77).

Considerando que ‘todos’ são afetados de maneira idêntica, nenhuma opinião interessa de modo especial. Daí porque, a legitimação para a causa caberá, sobretudo, aos órgãos do Estado (Ministério Público, Defensoria Pública, PROCON, etc.), “embora se possa conceber a condução do processo por associações com alta representativa social como o Greenpeace” (DIDER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 92)

Ainda nessa linha de raciocínio – e guardando coerência com as premissas apresentadas pouco acima: se o interesse individual é baixo, porque o que sobressai é o da coletividade enquanto estrutura, o grau de conflituosidade é reduzido. Afinal, quando os interesses particulares são abstraídos, naturalmente o dissenso esvanece (VITORELLI, 2017).

A complexidade, no entanto, não pode ser pré-fixada. Isso porque, estando ela vinculada não ao titular do bem jurídico lesado, mas às possibilidades de tutela daquele direito, somente a análise do caso concreto poderá indicar a sua gradação.

Retomando o exemplo: imagine o leitor que, a despeito do vazamento de óleo no oceano haver sido de pequena monta, os peritos não indiquem em uníssono qual a solução mais adequada para neutralizar aquela ameaça ao meio ambiente, ou mesmo recuperá-lo – seja porque a área afetada demande cuidados específicos, seja porque as tecnologias disponíveis permitam formas de tratamento plúrimas (VITORELLI, 2017).

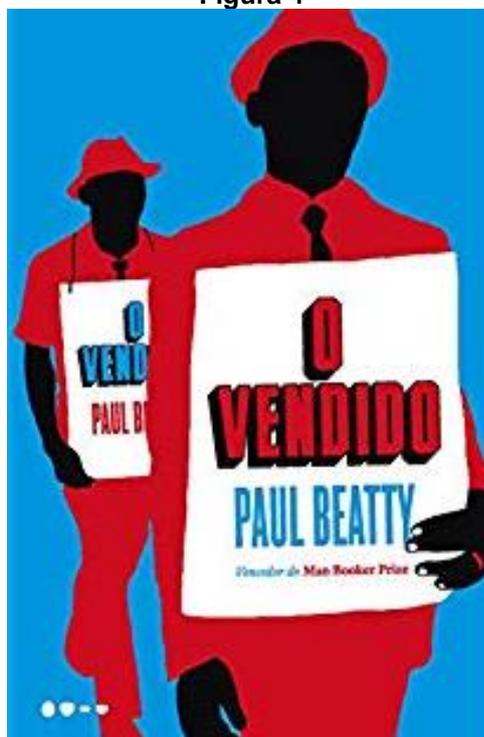
Essa é a categoria de direito coletivo que, conceitualmente, mais se aproxima das construções tradicionais do processo coletivo brasileiro – que “veem a sociedade como um ente supracoletivo, despersonificado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas para tanto” (VITORELLI, 2016, p. 77).

1.1.3 Os litígios transindividuais de difusão local: a perspectiva social compartilhada, os traços comunitários de identificação

A ousadia isoladamente manifestada é prima-irmã da rebeldia sem causa. No entanto, aquela que, permanecendo firme às premissas autorais, insiste em existir, tem o seu ineditismo reafirmado e sugere que o estranhamento, talvez, seja antes uma nova forma de encarar a discussão. Insistimos no argumento visual.

Na capa da edição brasileira de *O vendido* (BEATTY, 2017), dois indivíduos com trajes tradicionais masculinos seguram cartazes – em uma alusão à postura de reivindicação própria de passeatas civis, mas que, num recurso de design, serve para anunciar o nome do livro ganhador do *Man Booker Prize* de 2016 com uma narrativa que revisita questões raciais. A vestimenta praticamente idêntica – a diferença está apenas em que o indivíduo em primeiro plano usa uma camisa de manga comprida –, a mesma cor da pele e a postura corporal, quando inseridos no contexto de fala da obra, senão afirmam peremptoriamente, são elementos capazes de sugerir que os dois não estejam sozinhos, que outros(as) os seguirão, comungando dos mesmos anseios que os levaram até ali. Essa é a capa:

Figura 4



Fonte: Livro “O vendido”²¹

²¹ BEATTY, P. *O vendido*. Tradução de Rogério Gallindo. 1ª. ed. São Paulo: Todavia, 2017. 320 p.

Por que esse argumento visual cabe aqui? Porque nessa categoria de direitos coletivos, a noção de estrutura cede espaço para a de grupos menores, ligados por “fortes laços de afinidade social, emocional e territorial” (VITORELLI, 2016, p. 80). É como aproximar uma lupa sobre um determinado grupo que, à distância, o observador não conseguiria individualizar; e, ao fazê-lo, delimitar o espectro de análise e, a partir daí, trabalhar não mais com a ideia de sociedade estrutural, mas de grupos com fortes traços identitários comuns.

Aqui, a divisibilidade que fundamenta a classificação de Vitorelli ressoa fortemente, porque a natureza coletiva de um dado direito não autoriza a presunção característica da tradicional tipologia tripartida: uma lesão ao meio ambiente não necessariamente importará em um prejuízo para toda humanidade, por exemplo.

Arrastando para aqui o exemplo citado no tópico anterior: se o vazamento de óleo, ao invés de acontecer no meio do oceano, atinge manancial hídrico que corta uma comunidade indígena no interior de Pernambuco, o titular do bem jurídico lesado será precisamente ‘esse’ grupo – e não ‘toda’ a coletividade. Porque, nessa hipótese, o vínculo do índio com aquele território é tão mais acentuado, que torna absolutamente irrelevante o interesse dos indivíduos que lhe são externos (VITORELLI, 2016).

Com efeito,

Mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado” (VITORELLI, 2016, p. 81)

Nesse sentido, é necessário reconhecer que o que se tem feito, em termos de classificação de direitos coletivos, é uma espécie de argumento simplificador que não ultrapassa o jogo de palavras e o ponto de fala do proponente da classificação, em uma espécie de categorização duplamente contingente – já que haveria uma abertura no antecedente (conceito) e no consequente (classificação propriamente dita) – que ignora o mais importante dos fatores da equação: os interesses daqueles que são diretamente afetados pela agressão.

Se não partirmos da lesão/ameaça para identificar a natureza do direito agredido/ameaçado, podemos sustentar que qualquer dano ao ambiente será

titularizado por toda sociedade indistintamente. É muito fácil, assim, cair na abstração legitimadora que, tradicionalmente, informa o processo coletivo brasileiro e atribui uma onisciência perigosa aos agentes públicos que poderão, supostamente, responder por todos os anseios da sociedade.

A colocação de Arenhart (2017b, p. 428) é pungente:

Esse modelo processual faz com que haja verdadeiro desalinhamento entre aquilo que se busca no processo coletivo – e a forma como isso é buscado no processo – e aquilo que, possivelmente, seria o real interesse da coletividade. Em verdade, o processo coletivo ocasiona abstração dos interesses “representados”, que passam a ser considerados, apenas, como aqueles vertidos no processo pela parte legitimada, assumindo pouca ou nenhuma relevância a eventual disparidade entre essa vontade e aquela da sociedade, do grupo ou do interesse objeto do processo.

Alguns outros exemplos servirão a esclarecer o conceito proposto de litígios transindividuais de difusão local, agora a partir da noção de grupo estruturada a partir do compartilhamento de uma perspectiva social: (i) direitos relativos à igualdade racial pertencem aos negros: não porque a parcela branca da população também não possua interesse em uma sociedade livre de preconceitos raciais, mas pelo simples fato de que, histórica e socialmente, são os negros que têm suportado as perniciosas consequências da discriminação; (ii) direitos relativos à liberdade de orientação sexual, por seu turno, pertencem àqueles que não se identifiquem com a orientação heterossexual, considerando que é essa minoria quem experimenta rotineiramente o desafio da luta pela igualdade de tratamento; e (iii) embora os homens também tenham interesse em viver em uma sociedade onde o gênero não sirva como critério de discriminação, naturalmente que o direitos transindividuais relativos à igualdade de gênero pertencem às mulheres, considerando o profundo interesse delas em contraste com o deles²².

Nessa categoria, a conflituosidade é mais elevada do que nos litígios globais, embora não aumente em demasia. Isso porque, ao tempo em que os traços

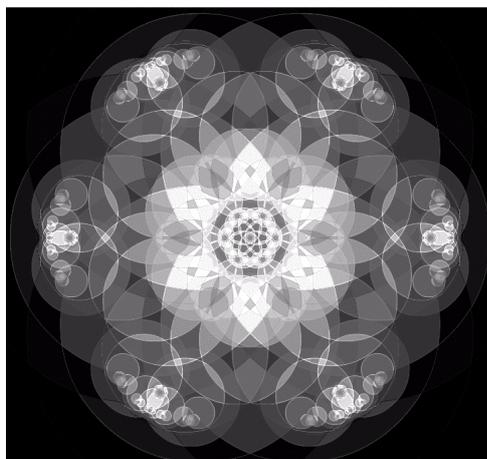
²² “Se o que se busca é decidir como será tutelado o direito à igualdade de gênero, não cabe ao grupo majoritário impor ao grupo minoritário sua visão sobre o litígio ou sobre o melhor caminho para a obtenção da tutela do direito. Do contrário, o grupo minoritário seria vítima de autoritarismo, paternalismo, ou talvez de um ‘autoritarismo adocicado’, por parte da maioria. Assim, por comparação o interesse das mulheres em que a igualdade de gênero seja tutelada de acordo com suas visões é tão mais pronunciado que o dos homens que, por comparação, torna as posições masculinas irrelevantes. É por essa razão que as mulheres, assim como as demais minorias, podem ser consideradas titulares dos direitos relativos à condição que lhes faz minoritários”. (VITORELLI, 2016, p. 83)

identitários servem para manter certa uniformidade de interesses entre os integrantes do grupo atingido, não é possível afastar a influência da divergência interna oriunda das individualidades que, aqui, ganham corpo (DIDIER JR; ZANETTI JR., 2018).

1.1.4 Os litígios transindividuais de difusão irradiada: *overlapping circles* e a perturbação em níveis

A terceira categoria proposta por Vitorelli será particularmente relevante para o estudo das decisões estruturais, porque é essa categoria que serve a tentar dimensionar os conflitos que, de tão complexos²³, projetam-se sobre a coletividade em ondas – como a pedra que, atirada na água, afirma um centro de tensão para, em seguida, espalhar-se em níveis concêntricos de diferentes intensidades. Ou, ilustrando de maneira mais apropriada, os graus de irradiação da lesão²⁴:

Figura 5 - *Overlapping circles*²⁵



Overlapping circles, como essa representação demonstra, são círculos que se sobrepõem parcial e sucessivamente, partindo de um núcleo de maior densidade até as periferias onde a sobreposição se torna menos recorrente e arrefece. Essa é a ilustração perfeita do conceito de litígios de difusão irradiada, pensada por Vitorelli

²³ Utilizamos a noção de complexidade, aqui, no sentido corrente do vocábulo, ou seja, como característica daquilo que contém muitos elementos e/ou diversos aspectos e que, em razão disso, torna-se difícil de ser apreendido/compreendido.

²⁴ Analogia foi feita pelo próprio Vitorelli (2016, p. 382).

²⁵ BURNS, Anne M. *Recursion in Nature, Mathematics and Art*. Disponível em: <http://www.mi.sanu.ac.rs/vismath/bridges2005/burns/index.html>. Acesso em: 18 nov. 2017.

(2016) para dar conta daqueles direitos coletivos relacionados diretamente a diversas pessoas ou segmentos sociais – e, portanto, não alcançados pela condição amorfa do conceito de litígio global –, mas que não possuem um traço identitário comum, nem serão afetados da mesma forma e com a mesma intensidade pela lesão – o que afasta a caracterização como litígios de difusão local.

Imagine o leitor, por exemplo, a hipótese de construção de uma usina hidrelétrica. Em uma projeção bastante simplificadora, o núcleo de tensão estará relacionado, naturalmente, aos interesses imediatos atrelados à construção da empresa/consórcio responsável pela obra em face dos moradores que terão de ser retirados das suas casas para permitir a operacionalização da usina. Diversos outros interesses, no entanto, dialogam com esse núcleo: o interesse dos comerciantes que, não precisando deixar o local, assistem à possibilidade de incremento real das suas receitas pelo fomento da procura por bens/serviços decorrentes da obra; o interesse na manutenção do equilíbrio do meio ambiente, que será severamente impactado pela construção e posterior operação da usina; o interesse do próprio Estado brasileiro, considerando que uma operação dessa natureza afeta diretamente o planejamento energético do país; o interesse de populações mais afastadas que nutrem o receio legítimo de que a modificação estrutural a ser implementada termine por afetar o curso do rio e modifique as ações de subsistência das comunidades ribeirinhas (VITORELLI, 2016).

Esse é apenas um esboço rápido. Se mais tempo fosse dedicado à análise detalhada desse quadro hipotético, mais e mais círculos de tensão poderiam ser evidenciados. Tantos outros sequer poderiam ser antecipados imaginativamente. De todo modo, esse breve tracejado já serve para ilustrar o truncado emaranhado de interesses a que se fez referência no conceito (e na ilustração supra).

Perceba o leitor – se já não lhe ocorreu a constatação – uma característica adicional: um litígio dessa natureza possui contornos obrigatoriamente multipolares. A pulverização dos interesses é tão grande que se torna inviável reduzi-los ao esquema adversarial do processo tradicional. Não raras vezes, é possível que um mesmo centro guarde interesses conflitantes. Para seguir na esteira do exemplo afirmado acima: imagine-se que parte da população diretamente afetada seja contrária à obra porque será desalojada e outra parte tenha interesse na construção porque, no deslocamento, serão transferidos para habitações novas, com melhor estrutura.

Nesse cenário, fica claro que os litígios de difusão irradiada têm um elevado grau de complexidade. Afinal, “o grupo titular do direito é composto por membros (inclusive outros grupos) que possuem interesses variados e, muitas vezes, contrapostos, quanto ao resultado da causa” (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2018, p. 95).

A conflituosidade, por seu turno, também é maximizada: considerando a natureza da discussão – que, por conceito, guarda relação com questões que afetam a uma pluralidade mais ou menos extensa de indivíduos –, multiplicam-se as possibilidades de solução da controvérsia, inclusive a partir das considerações ofertadas pelos mais diversos interessados na solução do conflito (VITORELLI, 2016).

No capítulo terceiro, quando o tema das decisões estruturais passar ao centro da ribalta, será dessa espécie de litígio coletivo que estaremos tratando. Como antecipado pouco acima, discutir questões que afetam o funcionamento de grandes instituições visando à promoção de valores públicos relevantes, com impacto mais ou menos severo sobre grupos de interesses divergentes precisava partir, necessariamente, da própria revisitação da tipologia clássica dos direitos coletivos (VITORELLI, 2017).

Com efeito,

A análise da experiência nacional e internacional demonstra, com clareza, a impossibilidade de se pretender classificar, abstratamente, o litígio estrutural como atinente a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essa classificação, proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, há quase trinta anos, é de inestimável valor histórico, mas incapaz de descrever a realidade complexa e conflituosa de um litígio estrutural (VITORELLI, 2017, p. 374 e 375)

Antes de começar o tratamento das decisões estruturais propriamente ditas, no entanto, faz-se importante desenvolver, brevemente que seja, dois tópicos introdutórios que advogam a relevância do estudo que se pretende inaugurar.

Queremos dizer: começamos estas linhas sustentando que o modelo tradicional de processo não era capaz de oferecer uma resposta satisfatória para complexos direitos coletivos. Explicou-se que direitos seriam esses – e porque o modelo adversarial era insuficiente –, a partir da nova tipologia proposta por Vitorelli.

Sobre o que desejamos tratar agora, como forma de arremate às considerações anteriores – e a fim de pavimentar o caminho para a abordagem que seguirá –, é de expressões concretas dessa ineficiência jurisdicional.

1.2 O xeque-mate da realidade e a ineficácia mais ou menos extensa do “cumpra-se”²⁶

O roteiro é conhecido, embora a decadência do sistema público de saúde se manifeste das mais diferentes formas. No caso de David Gabriel, o problema foi ter nascido com uma síndrome grave no coração, que demandava intervenção cirúrgica. Durante quarenta e três dias ele permaneceu internado no Hospital Maternidade Dona Regina, em Palmas, aguardando o procedimento que nunca chegou a ser realizado – mesmo após a liminar que, cerca de vinte dias antes, determinara ao Estado de Tocantins que garantisse o acesso do pequeno paciente ao tratamento, inclusive com a transferência para outro Estado da Federação. No dia 24/04/2018, cinco dias antes do óbito, a verba necessária para realização da cirurgia foi bloqueada, mas nem mesmo essa medida de coerção foi suficiente para assegurar o imediato acesso do menor ao tratamento. De acordo com a Secretaria de Saúde do Estado, o atraso na liberação do valor, por alvará, teria impossibilitado o custeio do procedimento.

Até 15 de outubro de 2018, outros onze bebês, nascidos na rede pública de saúde com algum tipo de doença cardíaca grave, morreriam antes de ter acesso ao tratamento adequado. De acordo com as informações da Defensoria Pública do Estado, em todos os doze casos – aqui incluído o citado no parágrafo anterior – o Judiciário determinara a realização da cirurgia ou transferência para tratamento em outros Estados.

Tudo isso ocorreu mesmo após a sentença que, em maio de 2018, fixou prazo de doze meses para que o Governo do Tocantins regularizasse a realização das cirurgias cardíacas neonatais – inclusive com a compra de novos

²⁶ Todos os dados utilizados no relato foram obtidos nos seguintes sítios eletrônicos: <https://g1.globo.com/google/amp/to/tocantins/noticia/2018/10/15/mesmo-com-decisoes-judiciais-bebes-que-nascem-com-doencas-cardiacas-morrem-esperando-cirurgia.ghtml>; <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/estado-descumpre-decisao-e-bebe-morre-apos-ficar-43-dias-esperando-cirurgia-no-coracao.ghtml>; e <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/juiz-da-12-meses-para-estado-fazer-cirurgias-cardiacas-pediatricas-na-rede-publica-do-tocantins.ghtml>. Acessos em: 16 out. 2018.

equipamentos/materiais hospitalares e treinamento dos profissionais da saúde pública.

Não pretendemos aprofundar a discussão sobre a implementação de políticas públicas de saúde nesse momento. Esse aspecto espinhoso do problema será examinado pouco adiante, quando as decisões estruturais forem efetivamente detalhadas.

O que se busca por ora, com a remissão a essas situações concretas, é sublinhar um aspecto essencial da temática ora discutida: o da efetividade concreta das decisões judiciais. Esse constitui, ao fim e ao cabo, o ponto central da controvérsia, como bem anotaram Pinho e Cortês (2014, p. 233) em estudo sobre o tema: “o que se discute é a efetividade; e, como se vê, esta não pode ficar meramente no plano acadêmico, pois, como demonstrado, modifica o curso da história”.

Em outras palavras, o que se propõe é uma ponderação que poderia ser objetivamente traduzida nos seguintes termos: para que se discuta o papel do Judiciário na fragilizada realidade social brasileira, não se pode deixar de levar em consideração essa dimensão crucial da atividade jurisdicional que vai da norma jurídica à realização efetiva do direito certificado²⁷.

Nas palavras de Vitorelli (2016, p. 517),

Passou o momento de discutir se o Poder Judiciário poderia ou deveria exercer esse papel [de agente implementador de políticas públicas]. Ele já demonstrou que pode e que o fará. O debate premente é em que termos essa intervenção deve ser feita para que seja adequada e suficiente.

Ou, ainda, com Tushnet (2017, p. 53),

O artigo de David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, é uma contribuição importante para uma literatura crescente sobre o papel do Judiciário na concretização de direitos sociais e econômicos. Ele se junta a outros ao notar que chegou ao fim o debate sobre se as constituições devem salvaguardar esses direitos e se, uma vez tendo o feito, se eles

²⁷ Nesse sentido, o que pretendemos colocar como ponto de discussão é se as decisões estruturais podem contribuir para incrementar a efetividade de provimentos decisórios que discutam questões de elevada complexidade. A preocupação com a eficácia da decisão não figura como uma condicionante de existência ou condicionante de aplicabilidade (no sentido de só pertencer ao sistema se se mostrar capaz de conferir efetividade ao comando abstratamente afirmado), mas como uma preocupação de buscar mecanismos de capazes de contribuir para implementação das decisões.

podem ser judicialmente exigidos. Não “se”, mas “como” é a questão que se apresenta a professores e juízes sérios.²⁸

Com efeito, em uma realidade na qual o desenho institucional dos Poderes republicanos conduz ao protagonismo do Judiciário no papel de garantidor dos direitos que, constitucionalmente, deveriam ser assegurados a todos independentemente da judicialização da discussão, a temática da efetividade das decisões representa, em última análise, a própria concretização ou não de determinada garantia fundamental.

Contextualizando a partir da situação fática anterior: se a decisão do Juízo competente, conquanto irretocável do ponto de vista técnico, não logra concretização, o paciente continuará a ter seu direito à saúde sonogado. A decisão judicial, nesse passo, não passa de um simulacro que nada diz àquele que experimenta o prejuízo concreto.

Não se imagina que isso seja propriamente uma surpresa a você leitor. Em certa medida, o que acabamos de dizer flerta mais com o óbvio do que com o ineditismo. Em nossa defesa, contudo, argumentamos que: (i) nem só originalidades sustentam raciocínios – e sobre isso, inclusive, já foram dedicadas algumas linhas no princípio de tudo isso; e que (ii) é a partir dessa constatação que poderemos dar o próximo passo para alinhar o raciocínio que conduzirá ao cerne da abordagem.

Eis o ponto de virada: se a preocupação com a efetividade dos provimentos judiciais precisa estar na ordem do dia; e se a complexificação dos direitos impõe ao modelo tradicional de processo questionamentos irrespondíveis por meio da estrutura binária, é preciso que uma nova forma de analisar o processo, decidir e implementar direitos seja colocada em perspectiva.

Daí as decisões estruturais – que, se não devem ser enxergadas como panaceia, tampouco podem ser esquecidas; que sejam lidas criticamente para, sendo viáveis, possam contribuir no processo de concretização dos direitos e, mostrando-se inservíveis, abram espaço para novas formas de pensar o complexo tema da efetivação das decisões.

²⁸ Tradução livre. No original: “David Landau’s article, *The Reality of Social Rights Enforcement*, is an important contribution to a growing literature on the judicial role in enforcing social and economic rights. He joins others in noting that debate has ended over whether constitutions should include such rights and whether, if included, those rights should be judicially enforceable. Not ‘whether’, but ‘how’ is the question now on the table among serious scholars and judges”.

1.3 A inevitabilidade do processo e o Judiciário: por uma discussão responsável dos direitos fundamentais em Juízo

A postura mais atuante do Judiciário no cenário democrático não é um fenômeno *made in Brazil*. Ao reverso, ele está situado em um contexto internacional de reavaliação do balanço institucional entre os Poderes constituídos: com o passar dos anos, as promessas não cumpridas do Estado de Bem-Estar Social, somadas à progressiva crise da democracia representativa²⁹ ³⁰, terminam por deslocar a atuação judicial para o centro da ribalta.

Tomando como referência as Cortes Superiores, o Judiciário já sedia discussões atinentes às condições desumanas a que estão submetidos os presos³¹

²⁹ A investigação é complexa, mas, rigorosamente falando, parece-nos que ela remonta ao desenho institucional dos Poderes no contexto de crise da democracia representativa a que alude Cambi ao colocar em perspectiva o seguinte: “a lei resulta de grupos de pressões (representantes de empresários, ruralistas, religiosos, sindicalistas, servidores públicos, etc.) e de mecanismos de votação ilegítimos (v.g., voto das lideranças). A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante. Não é expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tampouco um ato impessoal, geral e abstrato que traduza interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, mas um ato personalizado – proveniente de grupos identificáveis de pessoas e dirigidas a outros grupos igualmente identificáveis – que persegue interesses particulares” (2016, p. 235). Sob enfoque diverso, mais próximo da Ciência Política do que do Direito, mas com argumentos relevantes acerca da crise de meia-idade da democracia ocidental – e os reflexos no arranjo institucional e social –, Runciman pondera: “a política democrática que funciona segundo esse modelo [de atendimento imediato e permanente de expectativas, tal como um consumidor de e-commerce] não consegue se autocorriger, tornando-se incapaz de cumprir suas promessas. Acaba como um tigre que corre atrás do próprio rabo. Como representação do fracasso da democracia, não tem paralelo histórico. O volume da escolha democrática aumenta. Sua futilidade também.” (2018, p. 171) Considerando que a busca pelo Judiciário parte, necessariamente, de uma situação conflituosa – um não-fazer do Estado que viola garantia fundamental, por exemplo –, é preciso inserir essa atuação precisamente no contexto dessa sociedade em crise de legitimidade. Vale dizer, se o indivíduo não encontra eco de representatividade no Legislativo e enxerga o Executivo preso em um ciclo de corrupção indelével, restará ao Judiciário dar voz a esse anseio democrático de representação popular, sem olvidar, ao menos em tese, a sua natureza contramajoritária. Sobre a dicotomia representatividade/contramajoritariedade: BARROSO, 2014; CAMBI, 2016.

³⁰ A dificuldade dos regimes democráticos de se confrontarem com a crescente desigualdade socioeconômica e a multiplicação dos problemas sociais, em particular a violência e a beligerância, exigiu e sobrecarregou o Estado, revelando a insuficiência do Poder Legislativo, a ineficiência do Poder Executivo e a incipiência do Poder Judiciário. Emerge o paradoxo democrático: o Estado democrático se consolidou, mas não da forma esperada, constituindo-se assim uma democracia inesperada” (ESPINDOLA, 2015, p. 28)

³¹ Nesse sentido, o RE 580252, no qual o STF, em recurso extraordinário com repercussão geral, fixou a tese de que “considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6o, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento” (Plenário, Relator Ministro Alexandre de Moraes, pub. DJE, 11/09/2017)

³², (des)criminalização do aborto³³, relação das novas tecnologias aplicadas ao setor de transporte de passageiros³⁴, responsabilidade do empregador em caso de acidente de trabalho³⁵, possibilidade de terceirização da atividade-fim do empregador³⁶, *homeschooling*³⁷, além das diversas discussões envolvendo a tormentosa temática do direito à saúde e à vida³⁸.

Uma série de fatores precisam ser ponderados nessa equação cuja conclusão aponta para o protagonismo do Judiciário. Sem qualquer pretensão de exaustividade, optamos por sublinhar alguns aspectos que nos parecem essenciais e caminham em compasso, como as faces de uma mesma moeda. São eles: o distanciamento judicial da dinâmica de funcionamento própria da política³⁹ e o

³² Também representativo desse movimento ativo do Judiciário, a conclusão afirmada no julgamento do RE 841526, no qual os Ministros reconheceram que o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral dos presos em custódia (Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, pub. DJE, 01/08/2016)

³³ No processo mais emblemático (ADPF 442), o STF ouviu 52 expositores, nos dias 03 e 06/08/2018, de modo a permitir a ampliação do debate, coleta de informações técnicas e contestação pública de argumentos. A lista completa dos expositores está disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF442Deciso.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018. Mas em novembro de 2016, a Primeira Turma também do STF, por maioria, reconheceu que a criminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gravidez viola a autonomia da mulher, a sua integridade física e psíquica, os seus direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero (HC 124306, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, pub. 07/12/2016).

³⁴ A referência, aqui, é à ADPF 449, ajuizada pelo Partido Social Liberal para discutir a impossibilidade de Lei Municipal proibir o uso de carros particulares para o transporte remunerado de pessoas.

³⁵ A jurisprudência do TST é firme no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do empregador nos casos em que a atividade prestada pelo empregador envolver risco à saúde e à segurança do trabalhador. Nos autos do Proc. 0000438-80.2010.5.24.0002 esse posicionamento foi novamente afirmado e a decisão foi desafiada por Recurso Extraordinário – que teve sua repercussão geral conhecida em 10/02/2017 (RE 828040).

³⁶ O entendimento foi firmado pelo Plenário do STF no julgamento da ADPF 324 e do RE 958252. Neste último, a tese firmada em sede de repercussão geral foi a seguinte: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante".

³⁷ A referência é ao RE 888815 (acórdão ainda não publicado), no qual o STF, negando provimento ao recurso extraordinário, firmou o entendimento de que os pais não têm o direito de tirar os filhos da escola para ensiná-los exclusivamente em casa. Ao menos não com a atual legislação disciplinadora da matéria. Um apanhado dos principais pontos da decisão da Suprema Corte pode ser encontrado em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/12/stf-decide-que-pais-nao-podem-tirar-filhos-da-escola-para-ensina-los-em-casa.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2018.

³⁸ Auditoria do Tribunal de Contas da União (2017) aponta que, entre 2008 e 2015, os gastos da União com decisões judiciais que impunham obrigação de adquirir medicamentos e/ou insumos saltou de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão de reais, um aumento superior a 1.300%. Ainda: a auditoria aponta que, no período de 2010 a 2015, mais de 53% dos gastos se concentraram em medicamentos que não faziam parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, sendo que um deles não possuía registro na Anvisa.

³⁹ Anotemos por cautela: com essa afirmação não estamos subtraindo as influências políticas dos diálogos jurídicos. Luhman (2016) e Neves (2011) bem esclarecem sobre a inviabilidade de se imaginar um sistema de comunicação isolado dos demais que compõem a sociedade. Sabemos, portanto, que política e direito se tocam, se agredem e travam uma relação ora mais, ora menos

crescente descrédito que os Poderes Legislativo e Executivo têm experimentado junto à opinião pública, notadamente no tocante aos sucessivos escândalos de corrupção descortinados nos últimos anos.

É precisamente desse último ponto que gostaríamos de prosseguir.

Quando em 02 de agosto de 2012 o Plenário do STF começou o julgamento do mensalão, uma incredulidade amorfa pairava no ar do país inteiro. Não que até então os brasileiros vivessem em berço esplêndido e tranquila relação com os governantes – ou mesmo não desconfiassem que, a julgar pela elevada carga tributária, os serviços públicos deveriam funcionar de maneira mais eficiente –, mas pela primeira vez o palco estava iluminado e as cortinas abertas. Quando ao final do julgamento mandados de prisão foram cumpridos, o relator da Ação Penal 470, Ministro Joaquim Barbosa, foi alçado à condição de herói nacional: pela primeira vez “poderosos” iriam ser punidos; a Lei valeria para todos, viva o Brasil!

A expectativa de um país livre de corrupção, no entanto, ficou pelo caminho. Porque o julgamento (e prisão) de algumas autoridades não seria suficiente para remodelar a forma como a dinâmica política se desenvolvia.

Não foi sem razão, portanto, que pouco tempo depois, em março de 2014, uma nova operação de combate à corrupção seria deflagrada. Dessa vez não na mais alta Corte do país, mas em uma Vara Federal de Curitiba/PR. O Brasil estava, então, prestes a conhecer seu mais novo herói. O responsável por fazer justiça ao povo usurpado seria não mais um Ministro, mas um Juiz Federal.

Sai Joaquim Barbosa, entra Sérgio Moro. E a sociedade brasileira mais uma vez recebe e processa uma mensagem mais ou menos explícita, cujo teor poderíamos sintetizar nos seguintes termos: o Judiciário, reduto da moralidade e retidão moral, não faltará ao país.

Ao tempo em que essas linhas são escritas a Operação Lava-Jato está longe do fim. O que começou como uma investigação de movimentação de recursos ilícitos através de rede de postos de combustíveis (e lava jato de automóveis) ganhou desdobramentos no Rio de Janeiro e no Distrito Federal – inclusive com a abertura de inquéritos no STF para investigação de autoridades com prerrogativa de

amistosa. O que estamos fazendo, ao afirmar que o direito não funciona como a política, é diferenciar esses dois sistemas *na essência*. São, deveras, sistemas apartados, com códigos próprios – “jurídico/não-jurídico” para o direito; e “poder/não-poder” no caso da política (NEVES, 2011) – e que, portanto, funcionam processando formas de comunicação e ingerências do ambiente de formas distintas.

foro – e passou a investigar irregularidades também na Petrobrás e na construção da usina nuclear Angra 3⁴⁰. O esquema criminoso é complexo, as cifras bilionárias e mais uma vez há uma perplexidade paralisante que se espalha pelo ar.

No outro lado da moeda, o Judiciário figura como uma espécie de redentor. Ele, a quem o arranjo institucional não atribuiu o dever de planejar e implementar programas e políticas sociais, passa a ser não apenas o que combate os perniciosos casos e efeitos da corrupção do sistema político, como também garante aos cidadãos a fruição de direitos que, embora previstos constitucionalmente, não encontravam eco no mundo dos fatos, precisamente em razão dos reflexos perniciosos que o mau uso dos recursos públicos, pelos administradores, impõe ao cidadão comum.

O problema é que o processo de protagonismo do Judiciário, o mais fechado dos três Poderes, começa a acender sinais de alerta. Esse ponto será retomado mais adiante, mas por ora, o que é necessário consignar é que, aos poucos, os efeitos colaterais do ativismo começam a ressoar⁴¹. E se propomos uma discussão acerca da maneira como direitos coletivos serão discutidos em Juízo – e implementados pela atuação direta do Poder Judiciário –, ponderações dessa natureza não podem ser olvidadas.

Nesse sentido, também não se pode esquecer que o Brasil do século XXI é um país cético, ainda assombrado por fantasmas do passado – escravidão nunca erradicada, a sombra da ditadura militar à espreita⁴², promessas afirmadas no plano cultural que jamais foram concretizadas⁴³ –, com uma consciência cada vez mais clara acerca do seu subdesenvolvimento.

⁴⁰ O próprio MPF mantém páginas no seu sítio eletrônico na *internet* com esclarecimentos sobre a Operação (extensão, contornos, detalhes, etc.) Consultamos os dois endereços a seguir: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>; <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acessos em: 16 out. 2018

⁴¹ Algumas incongruências/disfunções podem ser encontradas em FALCÃO; ARGUELHES; RECONDO, 2017.

⁴² Nesse sentido, não deixa de ser significativo que no último Relatório ICJBrasil as Forças Armadas ocupem o primeiro lugar no *ranking* das instituições mais confiáveis do país, com 56%, seguidas pela Igreja Católica (53%), as redes sociais (37%) e a imprensa escrita (35%). (RAMOS, Luciana de Oliveira (coord). *Relatório ICJBrasil*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em: 28 jan. 2018).

⁴³ “Em suma, o século XX é atravessado quase de cabo a rabo pela presença forte de uma autoimagem cultura afirmativa, baseada nos valores da mistura, da graça, do desrecalque corporal, do princípio do prazer, da apropriação criativa, valores que a cultura brasileira foi capaz de realizar – mas não a sociedade. Esta esteve sempre travada pelas metamorfoses do poder oligárquico, historicamente mudando para permanecer o mesmo, controlando cada oportunidade de transformação social mais estrutural e submetendo-a à lógica de modernização conservadora (...) Há

Olhando ainda para a década de 1970 Antônio Cândido (1989, p. 140) observou que

O que predomina agora é a noção de país subdesenvolvido. Conforme a primeira perspectiva [que vigorou até a década de 1930] salientava-se a pujança virtual e, portanto, a grandeza ainda não realizada. Conforme a segunda, destaca-se a pobreza atual, a atrofia: o que falta, não o que sobra

Quase cinquenta anos depois da ponderação de Cândido e ainda às voltas com a maior crise econômica da história do país, o Brasil continua a colecionar promessas de uma nação dita desenvolvida. Aqui, está-se sempre a um passo do quase e, por isso mesmo, sempre muito distante de qualquer conquista minimamente sólida; aqui, onde a corrupção atinge o nível das expectativas de conduta, o desafio está nas coisas mais elementares: no sair à rua à noite, nas refeições da escola pública, na estrutura mínima de saúde.

O juiz brasileiro está inserido nesse contexto social. O magistrado que decide o conflito individual cresceu em meio a essas promessas não-cumpridas e trabalha em uma sociedade cada vez mais descrente com as instituições. Os dados do último relatório do Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJBrasil, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, traçam um diagnóstico muito claro:

(i) a queda na avaliação da Justiça, uma vez que o ICJBrasil e os seus subíndices apresentaram uma redução significativa em comparação com anos anteriores; e (ii) a queda na confiança da população brasileira em praticamente todas as instituições avaliadas, com destaque para a drástica redução no grau de confiança dos entrevistados no Governo Federal, no Ministério Público e nas Grandes Empresas (RAMOS, 2017, p. 4)

Embora tenha experimentado decréscimo significativo, o Judiciário ainda figura como o mais bem avaliado dos três Poderes republicanos com 24% (vinte e quatro por cento), seguido pelo Congresso Nacional com 7% (sete por cento) e pelo Governo Federal com 6% (seis por cento) (RAMOS, 2017).

Assim, o que o relatório aponta é que, embora não seja de todo confiável, ainda é no Judiciário que o brasileiro busca a solução para os seus conflitos:

uma defasagem imensa entre o que o Brasil chegou a realizar em sua cultura e o que pôde realizar enquanto sociedade”. (BOSCO, Francisco. A vítima tem sempre razão?: Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2017, p. 42)

Seguindo a tendência de períodos anteriores, o subíndice de comportamento apresenta valores muito altos enquanto o subíndice de percepção apresenta valores muito baixos. Isso revela um padrão: apesar de avaliarem mal o Judiciário, os entrevistados tem alto grau de disposição para resolverem seus conflitos na Justiça (RAMOS, 2017, p. 7)

De todo modo, cada questão a seu tempo. Por ora, pensamos ter conseguido anotar que, (i) o contexto brasileiro não é capaz de prescindir da atuação ativa do Judiciário no processo de afirmação e concretização de direitos; e que, sendo assim, (ii) cabe-nos assegurar que a atividade jurisdicional seja criticamente exercida em estrita conformidade com os preceitos constitucionais.

Dito isso, podemos avançar. Porque, firmadas as premissas que consideramos essenciais, é chegada a hora de entender do que falamos quando falamos em “decisões estruturais”.

Nesse caso, embarquemos para o norte, para o país que se orgulha do título de terra das oportunidades, onde liberdade e democracia são estampadas como insígnias, mas que, paradoxalmente, conferiu traços de legalidade a discriminações cujos fundamentos remontavam, em larga medida, justamente à mencionada liberdade.

2 OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A *STRUCTURAL INJUNCTION*

Tradicionalmente, o modelo processual estadunidense dialogava com os jurisdicionados também obedecendo a uma estrutura binária, na qual dois indivíduos apresentavam ao Estado-Juiz uma controvérsia e recebiam em retorno um enunciado concreto que poria fim ao impasse, em um movimento funcional a que se denominava adjudicação⁴⁴ (FISS, 1982).

Nesse processo de adjudicação de determinado direito – vale dizer, de certificação e efetivação do comando decisório que reconhece a alguém um dado direito sobre algo –, o juiz pode se utilizar do que a construção doutrinário-jurisprudencial norte-americana convencionou chamar de *injunctions*. Tradicionalmente percebidas e utilizadas como ordens negativas⁴⁵, as *injunctions* passaram também a ostentar dimensões reparadoras⁴⁶ e estruturais⁴⁷.

A que irá nos interessar é justamente essa última – aquela que inaugurou um novo paradigma de concretização de direitos por meio do Judiciário; e que Fiss denominou de “a mais significativa contribuição extraída da experiência dos direitos civis”⁴⁸ (1993, p. 965).

É esse caminho que se percorrerá doravante. Sem esquecer a observação de Oliveira (2004) – quanto ao juízo crítico acerca da pertinência (e abrangência) de recortes históricos em pesquisas jurídicas –, no entanto, será necessário voltar um pouco no espaço e no tempo. Porque a decisão que confronta o *status quo*, a decisão que inaugura novas perspectivas, não surge por mágica. Como qualquer outra criação humana, ela também é fruto de um processo contínuo de aprendizado.

⁴⁴ “A adjudicação é o processo social pelo qual os juízes dão significado aos valores públicos” (FISS, 1979, p. 2). No original: “*Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values*” (tradução livre).

⁴⁵ *Preventive injunctions*: buscam proibir a ocorrência de atos/sequência de atos que possam ocasionar danos futuros (FISS, 1978).

⁴⁶ *Reparative injunctions*: visam obrigar o destinatário da ordem a promover a neutralização/correção de um dano passado (FISS, 1978).

⁴⁷ *Structural injunctions*: buscam promover a reforma de uma instituição social, de modo a adequá-la aos regramentos constitucionais (FISS, 1978).

⁴⁸ Tradução livre do original: “*The structural injunction represents the most distinctive contribution to our remedial jurisprudence drawn from the civil rights*”.

2.1 A escravidão pede passagem: *Dred Scott v. Sanford*

Sete anos antes de a Constituição norte-americana receber sua décima terceira emenda⁴⁹ e proibir o trabalho escravo no território estadunidense – ou qualquer outro território sujeito à sua jurisdição –, Dred Scott ingressa com uma ação na Corte Federal pretendendo ser declarado cidadão (JOBIM, 2013).

O argumento era tão engenhoso quanto simples: considerando que em determinado momento da sua vida Scott se mudou com seu senhor para o Estado de Illinois, onde a escravidão deixara de existir desde 1787, e lá viveu durante um período significativo de tempo, a mudança posterior para um Estado que admitia a escravidão não seria capaz de desnaturar a liberdade conquistada. Assim é que, por haver residido dois anos ininterruptos em um Estado que não admitia a escravidão, Scott e sua família não seriam mais escravos, mas cidadãos, em homenagem à construção jurisprudencialmente afirmada à época de que “uma vez livre, para sempre livre” (MCNEESE, 2007b).

Nesse sentido:

De fato, Scott havia sido escravo em um estado escravagista, mas ele fora levado por um período longo de tempo para um estado livre. Depois, aplicando o conceito de “uma vez livre, para sempre livre”, Scott deveria ser considerado um homem livre, mesmo tendo retornado a um estado escravagista. Por último, considerando que Scott passou toda a sua vida nos Estados Unidos, ele deveria ser considerado um cidadão norte-americano e, portanto, ter o direito de ingressar em Juízo em uma Corte estadunidense. (MCNEESE, 2007b, p. 95)⁵⁰

O Plenário conservador da Suprema Corte, no entanto, chegou à estarrecedora conclusão de que não só Dred Scott não era um cidadão, como nenhum negro dos Estados Unidos tinha direito à cidadania. Se Scott não era um

⁴⁹ A emenda é de 1865 e prevê que “nem a escravidão nem a servidão involuntária (...) poderão existir nos Estados Unidos, ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição” (tradução livre). No original: “*neither slavery nor involuntary servitude (...) shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction*”. A consulta à Constituição foi feita em sítio eletrônico vinculado ao Senado dos EUA, no seguinte endereço: https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

No mesmo mês em que essa emenda foi promulgada – e como se para demonstrar a lacuna que separa o direito posto da prática social –, a *Ku Klux Klan* é criada e se estabelece no Tenessi (MCNEESE, 2007a).

⁵⁰ Tradução livre. No original: “*Scott had, indeed, been a slave first held in a slave state, but he had been taken for a lengthy period of time into a free state. Second, by applying the concept of ‘once free, forever free,’ Scott should be considered a free man, even though he had eventually been returned to a slave state. Last, since Scott had lived in the United States all of his life, he should be considered a U.S. citizen, thereby having the right to sue in a United States court of law*”.

cidadão, ele jamais poderia ingressar em Juízo. A fórmula “uma vez livre, para sempre livre”, portanto, havia sido destruída (MCNEESE, 2007b).

Em seguida, a decisão prosseguiu afastando a vigência do *Missouri Compromise*⁵¹, por reputar essa Lei inconstitucional em razão da afronta à Quinta Emenda, que estabelecia a impossibilidade de um cidadão ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (MCNEESE, 2007b).

O resultado, portanto, foi um julgamento que não apenas remexeu com os precedentes afirmados pela Corte em matéria de escravidão, como foi adiante e afirmou uma espécie de inferioridade negra (ALLEN, 2006), em uma inequívoca demonstração do nível de tensão racial que permeava a sociedade norte-americana da época.

Nesse ponto, se é verdade que toda e qualquer crítica direcionada a alvo situado no pretérito deve ser matizada ao contexto sócio-cultural da época, como bem lembra Jobim (2013), é também verdade que não se pode eximir o passado de sua responsabilidade.

Uma decisão judicial tem sempre um tempo e lugar. É de todo equivocado pensá-la, portanto, como um produto etéreo de um Poder exclusivamente técnico, mormente nas situações em que o cerne da discussão remonta a institutos de profunda verticalidade – que perpassam e dialogam com atores e instituições plurais (é o caso, por exemplo, de discussões referentes à segregação racial, ou a política de combate à violência).

Logo, uma decisão que, contrariando o entendimento jurisprudencial anterior (*once free, forever free*), afirma uma espécie de superioridade branca é, inequivocamente, expressão de uma sociedade profundamente segregada. Não é sem razão que, quatro anos depois, as diferenças entre os Estados do Norte e do Sul – dentre elas a divergência quanto ao tratamento a ser dado à escravidão ainda existente em território norte-americano – se aprofundam de maneira irrevogável e justificam o conflito interno que ficaria conhecido como Guerra de Secessão.

O conflito que se arrastaria por quatro anos (1861-1865) culminaria com a já mencionada promulgação da décima terceira emenda e uma tomada de posição

⁵¹ “Dred Scott era um escravo que trabalhava para a família de Sanford em territórios onde era permitida a escravidão. Contudo, ao longo dos anos, trabalhou em territórios nos quais havia uma lei (*Missouri Compromise*), datada de 1820, que proibia o sistema escravocrata numa determinada latitude nos Estados Unidos, lei esta que pode ser atribuída ao modo diferente de colonização que se deu ao Norte e ao Sul do país, o que resultou, em seu entendimento, numa possibilidade de não ser mais considerado escravo, assim como sua família” (JOBIM, 2013, p. 68).

definitiva quanto à escravidão em todo território norte-americano. Pouco antes disso, no entanto, em 1862, Homer Plessy nasce como um negro livre na cidade de Nova Orleans (MCNEESE, 2007a).

2.2 Segregação sobre os trilhos: *Plessy v. Ferguson*

No verão de 1892, quando o jovem Homer Plessy – vinte e nove anos de idade, 7/8 (sete oitavos) branco e 1/8 (um oitavo) negro⁵² – tomou o trem, ele se dirigiu propositalmente ao vagão exclusivo dos brancos, mesmo sabendo que a *Louisiana's Separate Car Act* impunha um comando segregador muito claro: brancos nos vagões para brancos, negros nos vagões para negros (KELLEY, 2010, p. 77).

Como sublinha Lofgren (1987, p. 29):

A nova lei exigia acomodações “iguais, mas separadas” para brancos e negros em todas as ferrovias de passageiros, além das ferrovias de rua. Sem arriscar uma definição de “raça” (e sem rigor gramatical), ela prescrevia que “a ninguém será dado ocupar assentos em vagões que não lhe sejam os atribuídos em razão da raça a que pertencem.”⁵³

Uma vez instalado no vagão para brancos, Plessy se declarou espontaneamente negro, recusou-se a se dirigir ao vagão “apropriado” à cor da sua pele e foi preso.

A discussão, naturalmente, foi judicializada e, somente em 1895 o recurso de Plessy chegou à Suprema Corte, amparado em dois argumentos principais: a segregação violava as décima terceira e décima quarta emendas – que haviam tornado a escravidão ilegal e garantido cidadania a todos que nascessem (ou se naturalizassem) nos EUA; e a segregação imposta pela Lei afetava a capacidade de autodeterminação do indivíduo – considerando que cabia à terceira pessoa

⁵² Tradução livre: “A condição de Plessy, enquanto 1/8 (um oitavo) negro, significava que ele teve um bisavô com ancestralidade africana, não um pai ou um avô”. No original: “Plessy’s status as one-eighth black meant that he had a great-grandparent with African ancestry, not a parent or grandparent” (KELLEY, 2010, p. 77).

⁵³ Tradução livre. No original: “The new law required ‘equal, but separate’ accommodations for blacks and whites on all passenger railways, other than street railroads. Without attempting a definition of “race” (and without grammatical rigor), it mandated that “[n]o person or persons, shall be permitted to occupy seats in coaches, other than the ones, assigned, to them on account of the race they belong to.”

(maquinistas), a partir de critérios arbitrários, dizer quem deveria ficar em cada vagão (KELLEY, 2010)⁵⁴.

Em 18 de maio de 1896, por sete votos a um – e a partir de uma interpretação restritiva do texto das emendas invocadas por Plessy –, a Suprema Corte norte-americana afirmou a constitucionalidade do *Lousiana's Separate Car Act* (MCNEESE, 2007a), cujo espírito de segregação terminou servindo de inspiração “para outros segmentos da sociedade, em especial nas escolas públicas” (JOBIM, 2013, p. 75).

Derrotado judicialmente, Plessy retorna para Nova Orleans e volta a trabalhar como sapateiro, inclusive para conseguir pagar a multa de US\$ 25,00 (vinte e cinco dólares) em virtude do descumprimento do dever de observar a regra da segregação nos vagões (MCNEESE, 2007a).

Isso não significou, contudo, o fim da resistência: já no início da década seguinte, grupos de afro-americanos contestavam e resistiam à promulgação de leis que, cada qual à sua maneira, promoviam a segregação entre brancos e negros (KELLEY, 2010).

Nesse contexto de incessante e combativa resistência é que se insere a decisão de Rosa Parks: em 1º de dezembro de 1955, quando retornava do trabalho, Parks estava sentada na área do ônibus destinada aos negros quando o motorista, ao perceber que havia um homem branco em pé, exortou os negros a que cedessem espaço para ele. Diante da recusa de Parks – afinal, ela estava no espaço do ônibus que lhe havia sido destinado –, o motorista chamou a polícia e ela foi presa (THEOHARIS, 2013), sob a alegação de violação às leis de segregação municipal e, posteriormente, estadual⁵⁵.

Essa prisão foi o gatilho de um movimento muito mais complexo: às 05:30 da manhã do dia 05 de dezembro, quando o primeiro motorista encostou no ponto

⁵⁴ Os argumentos que formavam o recurso de Plessy são detalhadamente analisados – inclusive com divisão temática de “linha argumentativa” (*The Restrictive Rights Argument, The Affirmative Rights Argument*) – por Lofgren (1987), sobretudo no intervalo das páginas 156 e 164.

⁵⁵ Tradução livre: “A polícia prendeu Parks sob a alegação de violação às leis de segregação de Montgomery, mas o promotor, reconhecendo que, tecnicamente, Parks não violou as leis municipais, decidiu que a prisão deveria ser baseada nas leis de segregação do estado do Alabama, uma ofensa muito mais grave”. No original: “*City police arrested Parks on charges of violating the segregation laws of Montgomery, but the city prosecutor, recognizing that technically Parks had not violated the city ordinance, decided that the arrest should instead be based on the segregation laws of the state of Alabama, a more serious offense*” (HULL, 2007, p. 7).

próximo à praça ele foi recebido por um cartaz com os seguintes dizeres: “Não usem ônibus hoje. Não usem pela liberdade” (HULL, 2007).

O movimento de resistência que seria marcado pelo boicote aos ônibus de Montgomery, naturalmente, tinha raízes muito mais profundas do que o ato de resistência individual de Rosa Parks, no fim de um dia de dezembro. O boicote é o resultado de uma resistência que remonta a Homer Plessy e a todas as medidas de redução da desigualdade que se seguiram a esse paradigma. Mas, sobretudo, essa tomada de posição ativa da população negra de Montgomery foi influenciada, definitivamente, pelos efeitos de uma decisão histórica da Suprema Corte norte-americana em favor de uma pequena cidadã.

2.3 *Separate but (not) equal: Brown v. Board of Education*

O ano era 1954. Nos Estados Unidos a doutrina do *separate but equal* aplicada ao sistema educacional era mais uma vez posta em xeque na Suprema Corte, naquele que viria ser um dos casos mais emblemáticos do Judiciário norte-americano. A situação é conhecida: uma garota afro-americana de apenas sete anos de idade chamada Linda Brown precisava enfrentar um extenso trajeto diário até o local onde estudava – seis quarteirões até o ponto de ônibus e, após saltar, mais 1,5km até a escola – porque a escola mais perto da sua casa não poderia ser frequentada por crianças “de cor” (SOUZA, 2017).

Seu pai, Oliver Brown, contrariando a legislação local – que, em consonância com a orientação tradicionalmente chancelada pela Suprema Corte, admitia a segregação racial –, tentou matricular a filha na escola mais próxima de casa. Com a rejeição do pedido, a questão foi levada ao conhecimento da NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) – que, em 1951, ajuizou uma ação contra a Secretaria de Educação da cidade de Topeka, no Kansas (SOUZA, 2017).

O fundamento jurídico que sustentava o pedido de revisão da postura adotada pela Secretaria de Educação, naturalmente, era o de que a segregação racial – erigida a partir da doutrina *separate but equal*⁵⁶ – contrariava a constituição norte-

⁵⁶ Como anota McNesse (2007a, p. 39), a doutrina é forjada pelos sulistas para justificar um regime de segregação no transporte público estadunidense sem afirmar expressamente a ideia de inferioridade dos negros: “Na tentativa de encontrar uma forma de manter a segregação racial nos

americana. Rigorosamente falando, portanto, não se estava diante de um pedido indenizatório (*reparative injunction*) decorrente da situação discriminatória, mas da tentativa de “impedir a proibição de escolas que aceitassem matrículas de certas crianças e as negassem as outras exclusivamente em decorrência da cor da sua pele” (BAUERMANN, 2017, p. 282).

Ou seja, não seria dado ao Poder Público legitimar, pela via legislativa, uma diferenciação racial que servia apenas para ecoar o espírito segregacionista – enraizado na antiga separação entre estados do norte e sul, responsável pela Guerra de Secessão –, mormente quando essa diferenciação racial importava no estabelecimento de situações de fato prejudiciais sempre em desfavor dos negros⁵⁷.

Pegando de empréstimo as palavras de Lorenzetti (2008, p. 134 e 135):

Assim, em Topeka (Kansas), no ano de 1951, a National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – organização que impulsionou a maioria dos casos relacionados à segregação racial –, começou a traçar sua estratégia e defendeu, perante os Tribunais federais do Estado do Kansas, que a segregação condicionava uma situação de inferioridade das crianças negras na educação e insistiram que as escolas só seriam “iguais na igualdade”.⁵⁸

Assim é que, em 17 de maio, por decisão unânime, a Suprema Corte norte-americana reviu o posicionamento até então cristalizado na sua jurisprudência – mencionado precedente *Plessy v. Ferguson* – e afirmou que a segregação de negros e brancos nas escolas públicas, fundada unicamente na cor da pele, violava a Décima Quarta emenda da Constituição, em um julgamento responsável por

vários meios de transporte sem legitimar claramente uma estrutura social que propagava o conceito de inferioridade negra, os Sulistas cunharam o conceito de ‘separados, mas iguais’. (...) Negros e brancos poderiam utilizar vários sistemas de transporte sem manter contato próximo uns com os outros. Os brancos teriam seus vagões; os negros teriam os seus, que seriam idênticos aos usados pelos brancos.” (tradução livre) No original: “*In searching for a way to keep the races apart on various means of transportation without clearly supporting a social structure that trumpeted the concept of black inferiority, Southerners furthered the concept of ‘separate but equal.’ (...) Blacks and whites would be able to use the various systems of transport without having to come in close contact with one another. Whites could have their railcars; blacks could have cars of their own that would be the same as the cars used by whites.*”

⁵⁷ Como bem recorda Bauermann (2017, p. 281), “na prática, (...) a segregação se expandiu a praticamente todos os serviços públicos, principalmente nos estados do sul do país, onde as pessoas eram separadas por raça nas escolas, restaurantes, banheiros, transporte público, entre outros”.

⁵⁸ Tradução livre. No original: “*Así, en Topeka, Kansas en el año 1951, la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – organización que impulsó la mayoría de los casos vinculados con la segregación racial –, comenzó a delinear su estrategia y demostró frente a los tribunales federales del Estado de Kansas que la segregación condicionaba a una situación de inferioridad a los niños negros para la educación e insistieron en que las escuelas sólo serían ‘iguales en igualdad’.*”

sedimentar uma nova postura cultural da sociedade estadunidense (JOBIM, 2013) e que serviria de ponto de partida para a ressignificação de tantos outros casos relacionados à questão racial (JOBIM; ROCHA, 2017).

Com efeito, promovendo uma abordagem interdisciplinar na qual estudos de psicologia infantil⁵⁹ e sobre formação de personalidade⁶⁰ dialogavam com o universo jurídico (SOUZA, 2017), a Suprema Corte afirmou não apenas que a doutrina *separate but equal* não tinha lugar, como concluiu que sistemas educacionais segregados eram inerentemente desiguais (FISS, 1965).

O desafio, no entanto, estava apenas começando. Porque, ao perceber que a decisão proferida naquela oportunidade afetaria todo o país de maneira severamente complexa, a Suprema Corte determinou a reabertura de vistas às partes para elas se manifestassem sobre a melhor forma de implementar o comando da Corte.

É disso que trataremos a seguir.

2.4 A realidade como instância final: *Brown vs. Board of Education II* e os desafios da efetividade

Em 2005, quando subisse ao palco do TEDGlobal, o professor Barry Schwartz falaria sobre liberdade de escolha na moderna sociedade ocidental. O ponto de partida era a revisão de um dogma central dessa sociedade industrial, o de que o bem estar dos cidadãos está diretamente ligado ao incremento das liberdades individuais. Ou, em outras palavras, a crença de que o caminho para maximização do bem estar passa pela maximização das liberdades individuais.

A lógica é relativamente simples e se desenvolve em etapas: (i) se a liberdade é algo inerentemente bom e essencial à própria condição humana; (ii) se livres são

⁵⁹ “Separá-las de outras [crianças] de idade e capacidades semelhantes somente por causa da sua raça gera um sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade capaz de afetar seus corações e mentes de um forma que dificilmente poderá ser desfeita” (tradução livre). No original: “*To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone*” (EUA, 1954).

⁶⁰ “A segregação de brancos e negros nas escolas públicas tem um efeito prejudicial sobre as crianças negras. O impacto é maior quando isso acontece com a sanção da lei; (...). Um sentimento de inferioridade afeta a motivação da criança para aprender”. (tradução livre). No original: “*Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; (...) . A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn*” (EUA, 1954).

as pessoas que podem agir/decidir por conta própria visando sempre à satisfação do seu bem-estar; (iii) então, quanto mais opções, maior a liberdade de escolha e, potencialmente, maiores as chances de satisfação pessoal. Nas exatas palavras de Schwartz, “quanto mais escolhas as pessoas têm, mais liberdade elas têm; e quanto mais liberdade elas têm, maior o bem-estar”^{61 62}. Esse é, em síntese, o dogma oficial. O problema é que os estudos conduzidos por Schwartz apontam para que, paradoxalmente, a multiplicação das possibilidades não faz as pessoas mais livres ou felizes, pelo contrário, ela as aprisiona e as deprime.

Schwartz (2004) aponta duas possíveis causas para esse paradoxo: (i) quando as possibilidades de escolha e controle se intensificam, as expectativas buscam igualar essas possibilidades. Considerando a multiplicação das opções disponíveis, novos parâmetros serão constantemente estabelecidos. A questão é que, a certa altura, a intensidade dessa espiral se torna insustentável quando confrontada com as limitações de ordem factual. Utilizando o exemplo do próprio Schwartz: não importa quão rápido seja o cão numa corrida, a velocidade do coelho-robô será sempre superior⁶³. Além disso, (ii) mais opções podem não significar, necessariamente, mais controle. Isso porque, em determinado momento, as oportunidades se tornam tão numerosas que o indivíduo se sente esmagado. Novamente com Schwartz (2005): “não há dúvida que alguma escolha é melhor do que nenhuma, mas isso não significa que mais escolha é melhor que alguma escolha”⁶⁴.

É, sobretudo, esse último argumento que ora nos interessa, qual seja: a multiplicação desmedida de opções não liberta, mas paralisa. Quando a Suprema Corte, em 1954, estabelece um comando genérico, uma declaração ampla em prol

⁶¹ Tradução livre. No original: “*The more choice people have, the more freedom they have, and the more freedom they have, the more welfare they have.*”

⁶² A íntegra da palestra pode ser encontrada no site oficial do evento, no seguinte endereço: https://www.ted.com/talks/barry_schwartz_on_the_paradox_of_choice?language=pt-br. Acesso em: 13 out. 2018.

⁶³ Tradução livre: “À medida que, uma após a outra, as barreiras à autonomia vão caindo, as que permanecem são, talvez, mais perturbadoras. Como o coelho mecânico na corrida de cachorros que corre sempre um pouco à frente dos cães. Não importa quão rápidos eles estejam, as aspirações e expectativas sobre controle de velocidade estarão fora do seu controle, não importando quão libertadora essa percepção se torne” (SCHWARTZ, 2004, p. 104). No original: “*As one barrier to autonomy after another gets knocked down, those that remain are, perhaps, more disturbing. Like the mechanical rabbit at the dog-racing track that speeds along just ahead of the dogs no matter how fast they run, aspirations and expectations about control speed ahead of their realization, no matter how liberating the realization becomes.*”

⁶⁴ Tradução livre. No original: “*there’s no question that some choice is better than none, but it doesn’t follow from that more choice is better than some choice.*”

da inconstitucionalidade da política de segregação racial nas escolas norte-americanas, mas deixa de determinar especificamente quais medidas deveriam ser adotadas para fazer cessar aquela situação inconstitucional, é com esse obstáculo que ela se depara.

Por óbvio, não houve na decisão qualquer menção ao paradoxo mencionado pouco acima, mas o comportamento do Tribunal o corrobora: tamanha era a complexidade da discussão, tantas eram as possibilidades e os matizes que deveriam informar o processo de concretização⁶⁵, que os juízes simplesmente deram um passo atrás⁶⁶. É precisamente esse passo atrás que é preciso analisar agora.

Como bem pondera Jobim (2013, p. 82), “as relações sociais, políticas, econômicas e afetivas não mudam pessoas pelo simples fato de existir uma decisão

⁶⁵ Algumas preocupações foram estampadas pela Suprema Corte, na nota de rodapé 13 da própria decisão do caso Brown. Em tradução livre: “Assumindo que a segregação [racial] nas escolas públicas viola a décima quarta emenda (a) poderia um decreto obrigatoriamente posterior determinar que, nos limites geográficos de um distrito escolar, crianças negras devem ser imediatamente admitidas nas escolas de sua preferência, ou (b) pode esta Corte, no exercício dos poderes de equidade, permitir um efetivo ajuste gradual a ser implementado nos já existentes sistemas segregados visando o estabelecimento de um sistema não mais fundados em distinções pela cor da pele. Partindo dos pressupostos que fundam as questões 4 (a) e (b), e supondo ainda que esta Corte exercerá a seus poderes de equidade para a finalidade descrita no item 4 (b), (a) deve esta Corte formular determinações detalhadas nesses casos; (b) se sim, quais problemas devem ser alcançados por essas ordens; (c) deve esta Corte nomear um *special master* para analisar provas a fim de recomendar termos específicos para essas decisões; (d) esta Corte deve remeter para os Juízos de primeira instância instruções para enquadrar as decisões nesses casos, e, em caso afirmativo, quais diretrizes gerais devem ser incluídas e quais procedimentos devem ser adotados pelos Juízos de primeira instância para atribuir termos específicos de decretos mais detalhados?” No original: “Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or (b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions? On the assumption on which questions 4 (a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4 (b), (a) should this Court formulate detailed decrees in these cases; (b) if so, what specific issues should the decrees reach; (c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees; (d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases, and if so what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?” (ESTADOS UNIDOS, 1954).

⁶⁶ Olhando em retrospecto, Fiss (2017, p. 27) dá conta da perplexidade e impotência dos juízes diante da situação nos seguintes termos: “A princípio, não existia um projeto detalhado. Ninguém tinha uma visão clara de tudo que estaria envolvido na tentativa de erradicar o sistema de castas embutido na burocracia do Estado ou de como a tentativa iria transformar o modo de prestação jurisdicional. 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”.

judicial que direcione para tal lado”, sobretudo quando a decisão importa na revisão de determinado paradigma já profundamente arraigado na realidade concreta.

Partindo dessa complexidade é que a Suprema Corte, “no corpo da *opinion* do caso, consignou que o Tribunal novamente se reuniria para ver a real evolução do que foi decidido”, no caso que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*, oportunidade na qual ratificaria a ordem de não segregação, mas condicionaria a implementação dessa ordem à adoção progressiva, pelos Estados federados, de medidas visando à eliminação dos entraves criados pela discriminação antes legítima (FISS, 1979). Assim é que,

Em outras palavras, a ordem da Suprema Corte, considerando as dificuldades em satisfazer de pronto o direito postulado e a variedade dos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos (cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local) que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas. (ARENHART, 2013, p. 395)

Afinal, como lembra Fiss (2017, p. 26)

Brown exigia nada menos que a transformação dos “sistemas duais de escola”, com escolas separadas para negros e brancos, em “sistemas unitários de escolas, não raciais”, o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escola; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização; e muito mais.

Com efeito, não se tratava de lidar apenas com entraves burocráticos/orçamentos de implementação, mas com a revisão de toda mentalidade de segregação vigente na época, que contava, como já tratado acima, com a chancela do próprio Judiciário.

Nesse contexto é que devem ser lidas as ponderações feitas pela própria corte na precitada nota 13 da decisão (nota de rodapé 53, supra). Diante da paralisia decorrente da complexidade da situação e das incontáveis possibilidades de atuação, as partes foram instadas a dialogar com a Corte sobre aquelas questões. Após as manifestações dos interessados a Suprema Corte se posicionou, em 1955, no seguinte sentido:

- (a) as autoridades escolares teriam a responsabilidade primária em levantar avaliar e resolver os diversos problemas escolares surgidos na complementa implementação dos princípios constitucionais envolvidos no caso;
- (b, c) os tribunais que processaram a ação deveriam verificar se as autoridades locais estariam agindo com boa-fé na implementação dos princípios constitucionais, tendo em vista a proximidade com as condições da comunidade e a facilidade para promover novos entendimentos com as partes;
- (d) ao criar e efetivar os decretos para cumprimento da decisão, as cortes locais seriam guiadas por princípios de equidade, caracterizados por uma flexibilidade prática em amoldar as soluções e pela facilidade de ajustar e conciliar necessidades públicas e privadas;
- (e) dever-se-ia observar o interesses específico das partes em serem admitidas em escolas públicas não segregadas, tão rápido quanto possível;
- (f) os juízos de equidade deveriam levar em conta o interesse público na eliminação de obstáculos para transição das escolas, de maneira efetiva e sistemática; mas a vitalidade desses princípios não poderia ser desconsiderada pela simples discordância dos réus com relação a eles;
- (g, h, i) ao dar concretude às considerações públicas e privadas, as cortes requereriam dos réus um início razoável e imediato em favor da completa conformidade com suas decisões; caso se verificasse ser imprescindível um tempo adicional para implementar a decisão, caberia novamente ao réu estabelecer o tempo suplementar necessário, de acordo com ditames de boa-fé, e na data mais próxima possível;
- (j) os tribunais locais deveriam considerar eventuais problemas surgidos com a administração, relacionados às condições físicas das escolas, transporte dos alunos, funcionários, revisão da área de atuação dos distritos escolares, bem como a revisão das leis e regulamentos locais para a solução de problemas decorrentes da implementação da decisão;
- (k, l) as cortes locais deveriam, ainda, levar em conta a adequação dos planos de reestruturação apresentados pelos réus, mantendo a jurisdição sobre os casos enquanto perdurasse a transição para o regime não-segregado de escolas públicas. (SOUZA, 2017, p. 255 e 256)

Voltando os olhos para esse julgamento anos mais tarde, Owen Fiss enxergou nele uma nova forma de adjudicação constitucional, a qual denominou de *structural reform* (JOBIM, 2013). A legitimidade do Judiciário de participar da construção do modelo de sociedade, desde que respeitados os limites de um processo dialógico, no qual o magistrado exercesse com independência seu mister, passaria, então pela adoção desse novo paradigma decisório (FISS, 1982), no seio desses processos coletivos, que funcionam como matrizes em torno das quais gravitam um elevado número de interesses e perspectivas contraditórios em torno de um único órgão julgador, o juiz (FISS, 1985).

São essas decisões que constituem o objeto central da presente abordagem – e sobre as quais nos debruçaremos nos capítulos seguintes. Antes disso, contudo, de modo a encerrar esse panorama histórico que permitiu o nascimento dessa forma de concretização de direitos na sociedade norte-americana, é preciso atentar brevemente para o que veio depois de *Brown*. Porque, como sabido, a história está

longe de seguir um curso único e a conquista/afirmação de direitos é, antes, fruto de um processo contínuo de lentos avanços e permanente vigilância.

2.5 O que veio em seguida: *Brown* para além das escolas⁶⁷

No contexto do boicote de Montgomery, mencionado no item 2.2 acima, quatro cidadãs negras – Aurelia S. Browder, Susie McDonald, Claudette Colvin, Mary Louise Smith – ingressaram em Juízo perseguindo a inconstitucionalidade das leis do Estado do Alabama⁶⁸ e da cidade de Montgomery⁶⁹, que legitimavam a segregação racial nos ônibus públicos. Todas as quatro requerentes haviam sido exortadas, pelos motoristas ou pela polícia, a obedecer a lei de segregação, sob pena de prisão. A decisão proferida pela Corte Distrital do Alabama, em 05 de junho de 1956, fazendo expressa remissão ao precedente firmado no caso *Brown v. Board of Education*, declarou a inconstitucionalidade defendida pelas requerentes. Da decisão é possível pinçar o seguinte trecho:

A doutrina dos “separados mas iguais” foi repudiada na área onde foi primeiro desenvolvida, ou seja, no campo da educação pública. No mesmo dia, a Suprema Corte deixou claro que sua decisão não estava restrita ao àquele campo, quando reenviou “para consideração à luz dos Casos de Segregação e condições que agora prevalecem”, um caso envolvendo os direitos dos negros de utilizarem as instalações recreativas nos parques da cidade^{70 71}.

⁶⁷ Os precedentes ora mencionados foram colhidos da sugestão feita por Lorenzetti nas notas de rodapé relacionadas ao seguinte trecho: “nos anos que se seguiram a *Brown*, a Corte Suprema dos Estados Unidos adotou uma série de decisões nas quais declarou a inconstitucionalidade da segregação [racial] em outros serviços públicos, como ônibus, campos de golfs municipais, praias e banheiros públicos, entre outros” (tradução livre). No original: “*en los años posteriores a Brown, la Corte Suprema de Estados Unidos adoptó una serie de decisiones en las cuales declaró la inconstitucionalidad de la segregación en otros servicios públicos, como colectivos, canchas de golf municipales, playas y baños públicos, entre otros*” (2008, p. 139). Ampliando os exemplos, Fiss (2017, p. 27) assinala que: “(...) as lições aprendidas com a eliminação da segregação nas escolas foram transferidas para outros contextos: para proteger as pessoas e seus lares dos abusos da polícia, para concretizar o ideal de tratamento humano nos presídios e hospícios, para assegurar o devido processo procedimental na administração do em estar-social e para equilibrar os gastos nos sistemas educacionais do Estado”.

⁶⁸ Title 48, § 301 (31a, b, c), Code of Alabama of 1940.

⁶⁹ Section 10, Chapter 6, Code of the City of Montgomery, 1952.

⁷⁰ Tradução livre. No original: “*the separate but equal doctrine was repudiated in the area where it first developed, i. e., in the field of public education. On the same day the Supreme Court made clear that its ruling was not limited to that field when it remanded ‘for consideration in the light of the Segregation Cases and conditions that now prevail’ a case involving the rights of Negroes to use the recreational facilities of city parks*”.

⁷¹ Além desse excerto, todos os dados fáticos relativos ao caso *Browder v. Gayle* foram colhidos diretamente da decisão proferida pela Corte do Alabama, cuja íntegra pode ser encontrada no

Outro caso que, fazendo remissão expressa ao precedente de *Brown*, declarou a inconstitucionalidade de medidas de segregação racial em espaço público, foi *Holmes v. City of Atlanta*, julgado pela Corte Distrital da Georgia em 8 de julho de 1954. A situação fática era a seguinte: em julho de 1951, Alfred Holmes, Oliver W. Holmes e H. M. Holmes solicitaram permissão para jogar no Circuito de Golfe Bobby Jones e em outros campos espalhados pela cidade, em igualdade de condições com outros cidadãos, sem distinção em razão da cor da pele. O pedido foi negado pelas autoridades públicas responsáveis exclusivamente com base na condição de negros dos requerentes. Após mencionar a aplicabilidade da conclusão afirmada em *Brown* – quanto à inconstitucionalidade da doutrina do “separados mas iguais”, a decisão afirmou com invejável clareza:

A cidade de Atlanta não tem obrigação legal de oferecer facilidades para prática do golfe, mas se o faz, não pode negar a um negro, por ser negro, seu direito pessoal de cidadão de se utilizar da facilidade mantida com verba pública, enquanto assegura a um homem branco, por ser branco, a sua utilização. Se a um indivíduo é negada facilidade ou conveniência que, em circunstâncias essencialmente idênticas, é assegurada a outros, ele pode legitimamente argumentar que o seu direito constitucional à igualdade foi violado⁷².

Um último precedente antes de encerrar esse “parêntesis” histórico: em março de 1955 a Suprema Corte norte-americana analisou, em grau de recurso, a possibilidade de brancos e negros serem separados em praias e banheiros públicos. No caso, o juiz distrital entendera que, a despeito do precedente firmado pela Suprema Corte vedando a segregação racial, deveria prevalecer, na hipótese, o entendimento firmado pela Corte de Apelação de Maryland em *Durkee v. Murphy* e *Boyer v. Garrett*. Nesses dois casos, o Tribunal havia aplicado aos espaços públicos de recreação o posicionamento firmado pela Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson*

seguinte endereço eletrônico: https://scholar.google.com/scholar_case?case=6352107186205745283&hl=en&as_sdt=800000000002&as_vis=1. Acesso em: 18 de nov. 2018.

⁷² Tradução livre. No original: “*The City of Atlanta is under no legal obligation to provide golfing facilities, but if it does so, it may not deny to a Negro, because he is a Negro, his individual, his personal right as a citizen to use and enjoy the facility furnished at public expense, while permitting a white man, because he is white, to use and enjoy it. If an individual is denied a facility or convenience which under substantially the same circumstances is furnished to others, he may properly complain that his constitutional right to equal protection of laws has been invaded*”. Assim como no caso anteriormente analisado neste subtópico, todos os argumentos fáticos e jurídicos foram colhidos diretamente da leitura da decisão proferida pelo órgão colegiado competente. Nesse caso, o inteiro tero pode ser encontrado no seguinte endereço: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/124/290/1882491/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

– ou seja, que a segregação racial em parques e espaços públicos de recreação não violava a décima quarta emenda – e o juiz não havia enxergado razões para aplicar entendimento diverso no particular.

Ratificando a superação do precedente mencionado na decisão recorrida (*Plessy v. Ferguson*) em face do entendimento exaltado em *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte afirmou que

É óbvio que a segregação racial em atividades recreativas no pode mais se basear no poder de polícia do Estado; pois se esse poder não pode ser invocado para legitimar a segregação racial nas escolas, onde a frequência é compulsória e a tensão racial pode ser apreendida pela mistura de raças, tampouco pode justificá-la em praias e banheiros públicos, cujo acesso é totalmente opcional.^{73 74 75}

Já havíamos dito pouco antes que *Brown* havia sido um gatilho. Foi a partir desse precedente, sabidamente afirmado no contexto específico da segregação nas escolas públicas norte-americanas, que o anterior paradigma discriminatório veio abaixo – e, com isso, a autoridade do novo entendimento passou a ser sentida nos mais variados espaços da vida pública norte-americana. Como bem anotou Fiss (2017, p. 27), “o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social existente”.

Acontece que o caminho para conferir efetividade a essa decisão genérica de inconstitucionalidade (vide subtópico 2.4) apenas começou na Suprema Corte. A eliminação, em concreto, da segregação rechaçada abstratamente precisaria dialogar com uma complexa trama de burocracia e preconceitos reais, de carne e osso.

Vale dizer,

⁷³ Tradução livre. No original: “*it is obvious that racial segregation in recreational activities can no longer be sustained as a proper exercise of the police power of the State; for if that power cannot be invoked to sustain racial segregation in the schools, where attendance is compulsory and racial friction may be apprehended from the enforced commingling of the races, it cannot be sustained with respect to public beach and bathhouse facilities, the use of which is entirely optional*”.

⁷⁴ A menção feita pela Corte à preocupação com eventuais conflitos raciais tem cabimento porque um dos argumentos que, no entendimento das autoridades de Maryland, justificariam a segregação era o de que às autoridades públicas cabiam o esforço de evitar que conflitos se originassem de antipatias raciais.

⁷⁵ Por dever de transparência, anotamos que, assim como nos dois casos anteriores, os argumentos de fato e de direito também foram integralmente pinçados da decisão proferida pela Suprema Corte, cuja íntegra pode ser encontrada no seguinte endereço: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/220/386/78652/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle de comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais. (FISS, 2017, p. 27)

Isso somente seria possível com as *structural injunctions*, precisamente as decisões que permeiam toda a análise e que, na sequência, serão conceituadas detalhadamente.

3 A DECISÃO ESTRUTURAL, A QUEBRA DO PARADIGMA DECISÓRIO E A REALIDADE EM NÍVEIS: EM BUSCA DE UM CONCEITO

Assumimos o compromisso de transparência antes mesmo de começar tudo isso, antes mesmo do capítulo 1, páginas e páginas atrás. É precisamente essa transparência que permite agora, sem firulas, reconhecer que muitas interrogações devem persistir. A principal delas, supomos, é simples: mas, afinal, o que é uma decisão estrutural? Foi justamente para fornecer uma resposta a essa indagação que o presente capítulo foi pensado.

Para que possamos perseguir um conceito de decisão estrutural em uma investigação de maneira coerente, precisamos relembrar a ineficiência do paradigma processual tradicional, já detalhada no capítulo 1 do presente trabalho. Ou, em outras palavras, para que essa busca por um conceito de decisão estrutural seja dotada de sentido, não podemos esquecer o diagnóstico apresentado alhures, de que a (aparente) completude do sistema processual esbarra em obstáculos incontornáveis quando se depara com o problema da efetividade das decisões na realidade das relações jurídicas travadas em contextos sociais ora mais, ora menos complexos. Foi sobre esse ponto de partida que se debruçou o primeiro capítulo da nossa análise, quando, a partir de Vitorelli (2017), sustentamos que os litígios transindividuais de difusão irradiada demandavam uma forma distinta de efetivação.

Em litígios dessa natureza, em que o recorte de realidade discutido no processo se desenvolve em níveis – quanto mais ao centro do conflito, maior a densidade e, portanto, maior o interesse direto na solução da controvérsia; quanto mais à margem, menor a densidade e, por consequência, mais rarefeita a relação do titular do direito com o fato jurídico judicializado –, admitir que uma decisão, olhando para o passado, regule um problema dinâmico de contornos voltados para o futuro equivale, para nos utilizarmos de uma redução meramente arbitrária, a esperar que uma fórmula da física newtoniana forneça respostas satisfatórias à física quântica de Einstein.

A busca por um conceito, portanto, parte dessa constatação: decisão estrutural é aquela que, proferida em um contexto de litigiosidade coletiva de elevada conflituosidade, tem aptidão para dialogar com os diferentes níveis de interesse envolvidos na relação jurídico-processual.

Há outras nuances que precisam ser incorporadas a esse conceito. É sobre elas que passamos a tratar na sequência.

3.1 A multipolaridade, o problema da representação e a alternativa dialógica

Já se mencionou alhures que um dos sintomas de insuficiência do processo adversarial tradicional diz quanto ao tratamento dado ao interesse das partes. Especificamente, quanto à maneira como as partes são representadas nas ações coletivas – nas quais um ente representativo dos interesses de ‘toda’ a coletividade tem legitimidade *ex lege* para em seu nome dizer qual a melhor solução para o conflito e, potencialmente, a maneira mais eficaz de implementar aquela decisão por que tanto batalhou da controvérsia.

O problema está em que, sediando a discussão na categoria dos litígios transindividuais de difusão irradiada, a reprodução desse idêntico modelo de representação processual é capaz de gerar inconsistências incontornáveis. Basta que pensemos o seguinte: se a elevada conflituosidade do direito discutido conduz à pluralidade de interesses antagônicos dentro de um mesmo grupo, admitir que um único ente representativo seja capaz de matizar todos os interesses sem a participação dos diretamente interessados é posicionamento que somente pode ser defendido abstratamente e de um ponto de vista descompromissado com a tutela adequada dos direitos coletivos.

Com efeito, “é pouco provável que um representante possa, com igual vigor, defender todos esses interesses envolvidos no processo” (VITORELLI, 2017, p. 539). Por essa razão, “pensar melhor sobre como trazer maior aderência entre aquilo que se faz no processo coletivo estrutural e o desejo do corpo social” (ARENHART, 2017b, p. 431), demanda, necessariamente, uma revisão do paradigma adversarial, de modo a inaugurar uma pluralidade representativa (VITORELLI, 2017), ou, como preferimos, uma multipolaridade processual (ARENHART, 2017b; FERRARO, 2017)

Justificar a proposta é simples do ponto de vista racional: considerando que a ampliação de representatividade dos diversos grupos/indivíduos é uma ambição inquestionavelmente legítima em termos gerais – e que, por conseguinte, ir de encontro a ela importa em combater a própria finalidade do processo coletivo enquanto instrumento de tutela adequada e eficaz de interesses plurais –, com maior

razão há de ser perseguida em um contexto de intensa conflituosidade, no qual o direito discutido tem aptidão para atingir diversos feixes de interesses sociais.

Ou, em termos (ainda mais) objetivos: se aprofundar a representatividade dos interesses discutidos em Juízo é ambição ‘inerentemente’ benéfica ao atingimento da finalidade última do processo, não há razão para não persegui-la. Nesse sentido, pondera Ferraro (2015, p. 159): “a diversificação é importante, pois, ainda mais nos casos altamente complexos, supor que existe uma ‘vontade’ dos grupos ou coletividades envolvidos (unitariedade) é problemático”⁷⁶.

O entrave está, portanto, não na justificativa, mas na forma de concretização. Afinal, como bem pondera Arenhart (2017b, p. 431), “parece clara a constatação de que a participação direta dos grupos (...) é muito difícil e provavelmente oferece mais aspectos negativos do que positivos” – já que, a depender do direito material discutido, a operacionalização é tarefa inconciliável com a marcha progressiva do processo⁷⁷.

Sendo certo, no entanto, que “um regime democrático parte do pressuposto de que ninguém é mais capaz de avaliar seus próprios interesses que o indivíduo” (VITORELLI, 2017, p. 509), sempre que possível “a *participação direta* da comunidade envolvida (...) oferece vantagens que são desejáveis para a legitimidade da atividade jurisdicional” (ARENHART, 2017b, p. 431 e 432). Senão por mais, pelo simples fato de que o grupo interessado se faz ouvir diretamente no processo, contribuindo com sua própria voz para o diálogo a ser construído entre os envolvidos na discussão.

Caberá aos próprios grupos/subgrupos, nesses casos, a busca pela uniformidade dos posicionamentos a serem proclamados pelos respectivos representantes. Nesse sentido, esclarece Vitorelli (2017, p. 539) que

(...) Os representantes deverão organizar momentos participativos significativos com o subgrupo em favor do qual atuam, independentemente daqueles promovidos pelo juiz, em caráter geral, no âmbito do processo.

⁷⁶ Dois parêntesis: (i) a autora diz quanto à diversificação das entidades representativas, como atores importantes na construção de uma decisão coletiva estrutural; (ii) o termo “complexo” é utilizado no sentido no sentido ordinário da linguagem, como forma de qualificar litígios para os quais concorrem múltiplos interesses – e que, portanto, são estranhos à formatação tradicional do processo adversarial.

⁷⁷ Aludimos aqui à eventual inviabilidade de participação direta de toda a comunidade envolvida na controvérsia como forma de impedir que a multiplicidade de vozes termine por paralisar o andamento processual. O raciocínio, *mutatis mutandis*, é o que justifica o controle do magistrado sobre a extensão do litisconsórcio multitudinário, na forma do art. 113, §1º, do CPC.

Essa participação deverá ser tanto maior quanto mais elevada for a complexidade do litígio, a fim de explorar, dentre as diferentes possibilidades de solução, aquela que melhor atende aos interesses da classe. Caso haja conflitos internos ao subgrupo, a participação também pode ajudar a solucioná-los, evitando novas subdivisões, que exigiriam novos representantes.

Considerando a multiplicidade de interesses envolvidos na discussão, o objetivo é incentivar que os diversos grupos/subgrupos participem de maneira ativa e dialógica da construção de uma solução para o impasse, observando, nesse processo, a relação proximidade de cada um deles com o epicentro da lesão⁷⁸, por meio da assistência (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018).

Quando inconciliável a participação direta dos interessados (colegitimação), parece que as alternativas mais consentâneas com o caráter essencialmente dialógico do processo estrutural autorizam o ingresso do grupo/subgrupo na condição de *amicus curiae* ou a oitiva deles em audiências públicas, nas quais os interessados terão a oportunidade de contribuir, ainda que mediatamente, para a solução do impasse.

Em qualquer hipótese, no entanto, a ideia não é prescindir da participação dos representantes que, por força de lei⁷⁹, hoje têm legitimidade para representar interesses coletivos, mas ampliar o debate sobre o conflito, de modo a legitimar, pelo diálogo construtivo, o pronunciamento que impactará ora mais, ora menos diretamente os grupos/subgrupos envolvidos na discussão. Vale dizer, o que se pretende ao trazer para o processo as vozes dos principais interessados na solução do conflito, é buscar uma decisão cuja legitimidade se dá, antes, pela equalização de vontades que por imposição vertical de autoridade do Estado-juiz.

No cenário ideal, portanto, a decisão do processo estrutural não é construída isoladamente pelo magistrado. Ao reverso, ela é resultado de um delicado equilíbrio de vontades dos grupos/subgrupos diretamente interessados na solução da controvérsia.

Com essas considerações podemos retomar as primeiras linhas do conceito de decisão estrutural rascunhadas pouco acima para acrescentar-lhes algo mais. Assim

⁷⁸ Sobre a estrutura dos litígios transindividuais de difusão irradiada, consultar o item 1.1.4 supra, sobretudo no tocante a representação gráfica do comportamento dos litígios dessa natureza (*overlapping circles*), em níveis de densidade variáveis e entrelaçados, partindo de um epicentro superdenso e caminhando para as periferias de contornos mais etéreos.

⁷⁹ Por exemplo: art. 5º da Lei nº. 7.347/85; art. 82 do CDC; art. 210 da Lei nº. 8.069/90; art. 81 da Lei nº. 10.741/03.

é que decisão estrutural é aquela que, proferida em um contexto de litigiosidade coletiva de elevada conflituosidade, tem aptidão⁸⁰ para dialogar com os diferentes níveis de interesse envolvidos na relação jurídico-processual, de modo a, tanto quanto possível, legitimar-se por cancelar a própria conclusão desse processo construtivo-dialógico (legitimação horizontal).

3.2 Revisitando a atuação jurisdicional: as funções gerencial e legislativa do magistrado

O juiz do processo estrutural julga. Mas não apenas isso.

Sobre o ofício tradicional do julgar já nos manifestamos em algumas ocasiões até este momento – e continuaremos a fazê-lo aqui e acolá nas páginas seguintes. Por exemplo: foi dito logo no princípio desta abordagem que, no contexto do processo estrutural, admitir a adstrição do magistrado ao princípio da demanda é um contrassenso. Se as providências a serem adotadas na fase de cumprimento de sentença para conferir efetividade à decisão não podem ser sequer antecipadas pelas partes – dada a intensa complexidade (e conflituosidade) do direito discutido –, como sustentar a vinculação estrita do Juízo ao quanto pedido na inicial?

Mais ainda: partindo dessa constatação, do caráter inantecipável das providências a serem adotadas, a própria estrutura argumentativo-normativa da decisão é matizada. De modo que não falamos em uma decisão com a estrutura rígida à semelhança de uma regra, mas, ao contrário, encontramos uma decisão com a porosidade e abertura semânticas de um princípio (sobre esse item serão tecidas algumas considerações a seguir).

Dessa maneira, não nos ocuparemos, por ora, das tonalidades específicas que o ofício de julgar terá no processo estrutural. Nesse momento, tentaremos

⁸⁰ Aptidão para o diálogo, aqui, entendida como um traço característico da decisão estrutural. Ou seja, uma decisão que não possua esse potencial de abertura dialógica não nos parece capaz de ser conceituada como estrutural. Se na prática isso acarretará um movimento efetivo de construção conjunta dos mecanismos de concretização do comando decisório é questão diversa. Vale dizer, é possível que, a despeito dessa abertura, o diálogo não se concretize por impedimentos fáticos alheios à decisão (p. ex., o silêncio de determinado órgão público, que se recusa a participar de maneira ativa da construção). Nessa hipótese, a discussão seria quanto à efetividade da decisão, não quanto à sua natureza. Daí porque ponderamos, em seguida, que esse movimento de construção deve ser feito “tanto quanto possível”. Ao empregamos a ideia de “aptidão” como um traço característico da decisão estrutural não estamos, portanto, afastando a possibilidade de que, frustrada a alternativa dialógica, a decisão se legitime verticalmente, a partir da noção tradicional de autoridade jurisdicional. O que nos parece essencial para caracterização de uma decisão como estrutural, em síntese, é a *possibilidade* de abertura, não a *efetividade* dessa abertura – que pode se dar de maneira mais ou menos extensa.

chamar atenção para outros dois aspectos prenunciados no título dessa subtópico: as funções gerencial e legislativa.

Para tanto, gostaríamos de retomar a dimensão do conceito de decisão estrutural discutida no tópico anterior e desenvolvê-la a partir de uma ponderação feita por Grinover (2017, p. 446), para quem:

Este novo processo, que demanda grande ativismo judicial e ampliação dos poderes do juiz, bem como o chamado *método dialogal*, com o diálogo entre os Poderes maior publicidade, participação e transparência, ainda não existe formalmente. Mas a jurisprudência de diversos países tem sabido cria-lo, modificando os esquemas processuais clássicos.

Algumas considerações breves sobre essa fala de Grinover antes de seguirmos em frente: rigorosamente falando, não entendemos, sequer, que a ideia de ativismo seja um traço característico das decisões estruturais. Como detalharemos, o conceito de ativismo que perfilhamos tem uma natureza obrigatoriamente negativa (no sentido de decisões solipsistas fundadas no subjetivismo do julgador). Para que se mantenha a coerência, precisamos admitir que, no contexto da citação, ativismo foi usado no sentido de uma postura 'ativa' do Judiciário.

Ocorre que, mesmo fazendo essa ressalva, não nos parece propriamente correto falar em graus de intensidade tendo como contraponto o modelo tradicional de processo; vale dizer, parece-nos correto sustentar, isto sim, que no contexto do processo estrutural a postura judicial ativista se expressa de maneira 'diferente' do processo clássico. Não se trata de maior ou menor intensidade, mas apenas de formas distintas de manifestação dessa postura ativa.

Ressalvamos, ainda, que a ampliação dos poderes do juiz não é tampouco um movimento exclusivo do processo estrutural – e, portanto, é inservível de conceituá-lo em qualquer medida. Conforme detalharemos também no próximo capítulo, que a legitimação normativa das providências a serem adotadas pelo magistrado no processo estrutural repousa não em um dispositivo aplicável apenas a esse tipo de processo, muito pelo contrário. No nosso entender, o fundamento legal dessa novel postura do Judiciário é o art. 139, IV, do CPC – dispositivo cuja aplicabilidade, obviamente não está restrita ao processo estrutural.

O fenômeno da ampliação dos poderes do magistrado, nesse sentido, não é exclusividade do processo estrutural e, por conseguinte, também não se presta a

caracterizá-lo. Assim como acontece com o ativismo, a diferença aqui seria não de intensidade/gradação, mas de ‘tonalidade’: no contexto do processo tradicional a ampliação dos poderes do magistrado é sentida de uma forma; no processo estrutural, de outra.

Por último, é necessário fazer uma ressalva ao argumento de que o processo estrutural ainda não existe formalmente. Somente podemos concordar com ela se a intenção da autora houver sido a de pontuar que não há uma codificação própria que verse sobre essa matéria – jamais a de afirmar que a previsão normativa constitui pressuposto de existência de um processo dessa natureza. O processo estrutural nasce de uma necessidade prática (VITORELLI, 2017) diante de um caso (*Brown v. Board of Education*) cuja complexidade era tão grave que literalmente ‘impôs’ à Suprema Corte norte-americana a prolação de uma decisão de viés aberto a ser integralizada na sequência.

Dessa maneira, não se reputa defensável o argumento no sentido da inexistência de um processo estrutural em razão da ausência de codificação própria nesse sentido, mesmo porque

Embora os juízes brasileiros estejam proferindo decisões que implicam reforma estrutural, ainda não existe a consciência de que os impactos concretos da ordem precisam ser avaliados de uma perspectiva sistêmica. (VITORELLI, 2017, p. 398)

Ou seja, com ou sem previsão legislativa específica, decisões com amplitude estrutural continuarão a ser proferidas – o que autoriza a conclusão de que não se trata de um problema condicionado à existência de lei regulamentadora em sentido estrito, mas de um imperativo pragmático.

O que gostaríamos de pinçar da ponderação de Grinover como uma característica do processo estrutural é a menção ao método dialogal, precisamente porque esse aspecto nos servirá de mote para analisar a mencionada função gerencial do magistrado.

Com efeito, como consequência da multipolaridade explicada no tópico anterior, no processo estrutural o contraditório não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato, ele “exige a participação de toda coletividade, na medida em que a política pública também se destina a toda ela” (ARENHART, 2017a, p. 480).

Ao juiz, na condição de “presidente” do processo, portanto, caberá viabilizar a oitiva dos grupos/subgrupos que compõem essa coletividade – por meio de audiências pública, na condição de *amicus curiae* (FERRARO, 2015), ou mesmo autorizando o ingresso no processo na forma de interveniente colegitimado (assistente).

O desenrolar dessa oitiva demanda do magistrado, necessariamente, conhecimentos de gestão que não são exigidos no processo tradicional. Por exemplo: a depender do alcance social da discussão, para que seja possível viabilizar audiências públicas, é preciso que haja uma calendarização coerente e eficaz, inclusive quanto à (eventual) prévia análise de viabilidade/pertinência de divisão temática e controle de representatividade.

Admita-se que, em ação civil pública ajuizada para discutir a eficiência do tratamento disponibilizado pela rede pública para pessoas com algum tipo de deficiência, o Juízo determine que, ao invés de um único painel, a realização de audiências públicas obedecerá a seguinte ordem: (i) entidades públicas ou privadas que atuem na defesa e promoção do direito à saúde do deficiente; (ii) entidades públicas responsáveis pelo atendimento e custeio dos programas de promoção à saúde dos deficientes; (iii) entidades e/ou pesquisadores especializados no estudo do tema; e (iv) profissionais com expertise em planejamento e gestão de políticas públicas, mormente no tocante ao controle e projeção dos gastos envolvidos na implementação de projetos.

O que se pretende demonstrar com esse cenário hipotético é que quanto maior a densidade da discussão, maior capacidade de gerenciamento será exigida do magistrado. Das pequenas (qual servidor tem perfil mais adequado para assessorá-lo diretamente na condução das audiências, por exemplo) às grandes (realização de três audiências, ao invés de uma única, como forma de otimizar o desenvolvimento da abordagem) decisões, nenhuma delas estará originariamente inserida no rol de atribuições estritamente jurisdicionais. Não há uma cartilha, um procedimento padrão a ser seguido. Deverá se valer o magistrado, aqui, da sua sensibilidade e das regras da experiência para identificar a forma mais adequada e razoável de conduzir o procedimento.

O mesmo vale para as providências a serem adotadas na fase de cumprimento de sentença. A depender da complexidade do direito a ser implementado, o Juízo pode solicitar a oitiva de um profissional especializado para

lhe assessorar na adoção das providências mais urgentes; pode, eventualmente, abrir prazo para que as partes construam essa ordem de prioridades; pode, ainda, estabelecer por si mesmo uma ordem provisória das providências que reputa mais urgente e, somente então, determinar a intimação da parte responsável pelo cumprimento da ordem para abertura de novo canal de diálogo. As possibilidades são incontáveis e, no mais das vezes, estarão todas situadas na zona de incerteza; ou seja, dificilmente haverá uma decisão errada e outra certa, a lógica não é maniqueísta. Haverá, isto sim, um que, para aquele determinado momento, pode ser mais ou menos eficaz que outra. E é nesse ponto que a experiência e a prudência do Juízo farão a diferença.

Diferentemente do que ocorre com o processo tradicional, o processo estrutural é informado, de ponta a ponta, por um caráter dialógico inabalável. A ideia, portanto, é primar por uma solução ‘construída’ pelas partes – e não ‘imposta’ pelo magistrado. Isso nos permite identificar, portanto, que o processo estrutural promove uma espécie de ressignificação da própria função jurisdicional: se no processo tradicional a autoridade do magistrado advém pura e simplesmente da lei e da sua capacidade técnico-jurídica de resolver conflitos, no processo estrutural, além desses dois fundamentos, a autoridade remonta também à demonstração de capacidade de gerenciamento e à inteligência interpessoal para incentivar e promover uma solução fundada no diálogo. Apenas quando essa alternativa se mostrar infrutífera, repetimos, é que o magistrado imporá verticalmente sua autoridade e decidirá a questão.

Nesse momento, a segunda função própria do processo estrutural entra em cena, porque quando o juiz tiver de decidir, ele agirá não apenas no exercício do mister jurisdicional, mas também imbuído de valorações que o aproximam da figura do legislador.

Talvez esse argumento já tenha sido intuído – se pensarmos bem, uma vez anunciado ele se torna claro, como um livro que sempre esteve sobre a mesa, mas que fatalmente tenha escapado à atenção dos olhos –, mas para analisá-lo precisamos alinhar algumas noções apresentadas e discutidas até aqui.

Já anotamos de maneira breve pouco acima que, pelo desenho institucional do Estado brasileiro – e, em certa medida, da própria reordenação dos Poderes no contexto de promessas não-cumpridas do Estado de bem-estar social e da própria crise do modelo democrático –, a pergunta não é mais se o Judiciário intervirá em

temas que, pela formatação tradicional, estariam afeitos ao Executivo e ao Legislativo. No cenário de frágil concretização de garantias fundamentais o mister jurisdicional eleva-se por sobre bloqueio formal da clássica tripartição para ‘tentar’ conferir efetividade ao direito alegadamente violado. A pergunta, portanto, não é se, mas *de que forma* essa ingerência acontecerá.

Também se argumenta que, no tocante aos direitos coletivos – ou, rigorosamente falando, de direitos transindividuais de difusão irradiada –, a complexidade da discussão e a amplitude que o processo pode vir a ter jamais podem ser reduzidas de maneira adequada às estreitas amarras do processo tradicional – e que, sendo assim, rediscutir a forma de ingerência do Judiciário pressupõe colocar em perspectiva o papel e os efeitos da decisão judicial sobre as instituições encarregadas de conferir efetividade ao comando jurisdicional.

Ou seja, os retalhos estão espalhados: uma atuação compulsória (art. 5º, XXXV, CF) e cada vez mais ativa do Judiciário, em um cenário de direitos coletivos intensamente complexo em que a extensão da decisão tem um alcance impossível de ser taxativamente determinado aprioristicamente. Bem pensadas as coisas, o magistrado que decidirá nesse contexto não faz – ou, ao menos, não deveria fazê-lo – um juízo de valoração *inter partes*, mas busca mensurar ou antever os reflexos que aquele posicionamento terá sobre toda a coletividade direta ou indiretamente afetada pelo comando jurisdicional.

Se o tema for enfrentado em seu contexto macro, essa equação se revela complicadíssima. Basta que tomemos como exemplo a corriqueira discussão sobre a saúde; ou, melhor dizendo, a diuturna judicialização da garantia constitucional de acesso à saúde também já lembrado em citação direta a Arenhart (2017a) no princípio dessa abordagem: se a questão for encarada em ótica simplificadora, o enfrentamento acabará se dando entre o direito fundamental à saúde e o interesse patrimonial do Estado, olvidando que, na verdade, a discussão de fundo é sobre a concretização da política nacional de saúde⁸¹.

⁸¹ “Na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado com pueril irresponsabilidade. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados (...) Tome-se o exemplo das ações de medicamentos – frequentes no âmbito jurisdicional atual – nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor. Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de

Com efeito, ao tentar abarcar o cenário global no qual aquela decisão será inserida e sobre o qual passará a atuar, repetimos, a equação se torna muito mais densa. Porque diversas outras variáveis inerentes a outro sistema social (política e economia, por exemplo) precisam ser matizados pelo magistrado. Assim é que, juízos de valor como conveniência e custo-benefício, próprios da atividade legislativa, passam a ser enfrentados pelo magistrado, em um contexto, lembremos, profundamente dinâmico e em permanente modificação.

Nesse sentido, como bem anota Vitorelli (2016, p. 532 e 533):

As possibilidades de realização de um direito influenciarão na compreensão do próprio conteúdo do direito a ser implementado. Os fatos do litígio não são fatos históricos, mas sim fatos sociais, em constante construção e reconstrução. O processo não se foca no que aconteceu, mas no que vai acontecer depois que ele interferir na realidade. É por isso que Kenneth Karst afirma que o papel do juiz é cada vez mais legislativo. Quando um julgador decide questões relativas a um objeto pouco concreto, como dessegregação racial ou dignidade humana, ele ainda pode se escudar na afirmação de que está apenas aplicando a lei ou a Constituição. Mas quando ele se vê na contingência de implementar essa decisão, fazendo-a incidir na vida de um grande grupo de pessoas – todos os estudantes das escolas, presos de uma unidade ou internos de um hospital – sua atividade é mais parecida com a de um legislador. Ele leva em consideração fatores que vão além de abstrações ou normas jurídicas.

Esse aspecto legislativo do ofício jurisdicional dialoga de perto com a perspectiva gerencial: ao tempo em que a análise feita pelo magistrado se baseia em juízos de valor próprios do legislador responsável pelo planejamento *in abstracto* de políticas públicas, ele não pode perder de vista que a concretização desse comando decisório deverá ser acompanhada de perto, de modo a acompanhar a mencionada dinamicidade do contexto social de implementação.

Dito isso, retomamos o conceito iniciado no tópico anterior para complementá-lo da seguinte forma: decisão estrutural é aquela que, proferida em um contexto de litigiosidade coletiva de elevada conflituosidade, tem aptidão para dialogar com os diferentes níveis de interesse envolvidos na relação jurídico-processual, de modo a, tanto quanto possível, legitimar-se por cancelar a própria conclusão desse processo construtivo-dialógico (legitimação horizontal), por meio da intervenção atipicamente gerencial e “legislativa” do magistrado.

determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma de sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor”. (ARENHART, 2017a, p. 476)

3.3 A luz permanece acesa: os finais abertos do processo

Na manhã do último dia de programação acadêmica do VI Colóquio Internacional de Direito e Literatura (CIDIL), o professor Lenio Streck seria o único expositor da mesa denominada *Fatos, relatos e interpretações* – e seria arguido por Felipe Navarro Martinez, Hilda Soares Bentes, Vicente Barreto e Fábio D’Ávila, sob a presidência de André Karam Trindade, no anfiteatro do Instituto Goethe, em Porto Alegre.

Entre exposição e arguição passaram-se quase quatro horas. Da plateia, assistíamos àquele embate em que Gadamer e Machado de Assis fundamentavam um mesmo argumento, em que Alexy era chamado a dialogar com Lewis Carroll⁸². A certa altura, ao comentar sobre o papel da doutrina no controle da atividade jurisdicional, Streck afirma que o juiz não é o último a sair da sala, a autoridade da sentença não apaga automaticamente as luzes e, portanto, não está imune à crítica doutrinária⁸³.

O que se deseja pegar de empréstimo, nesse momento, é a metáfora da sala acesa. Porque, de fato, no processo estrutural as cortinas não se fecham, mesmo após o trânsito em julgado da decisão. Rigorosamente falando, a decisão proferida em um processo estrutural não apenas “mantém” as luzes acesas para que os atores continuem a, no interior da sala, discutir e lapidar a forma de concretização do comando decisório, ela verdadeiramente “precisa” desse espaço iluminado para se ramificar – em uma espécie de narrativa contínua que não encerra o processo, mas, ao contrário, promove sua abertura, à semelhança do que, em alguns casos, faz a literatura em narrativas de finais abertos.

Sigamos por esse caminho.

⁸² Embora em perspectiva distinta, é possível enxergar como se processa essa forma de entrelaçamento argumentativo (direito-literatura) promovido por Streck (2016, p. 15) no seguinte excerto: “O senso comum é cruel. É ladino. Safado. Ele é como o óbvio. Se esconde. Dissimula. Desvendar as obviedades do óbvio: eis a tarefa do jurista crítico. Como dizia Darci Ribeiro, o maior antropólogo de *terrae brasílis*, Deus é tão treteiro, faz as coisas tão recôndidas e sofisticadas, que ainda precisamos dessa classe de gente – os cientistas – para desvendar as obviedades do óbvio. Eis o que fez Machado ao escrever o conto *Ideias de Canário*. Antecipou em décadas o *linguistic turn* e as grandes discussões sobre a noção de imaginário (penso, logo, no grande livro *A Instituição Imaginária da Sociedade*, de Cornelius Castoriadis, que tanto usei, nos anos 80, em minha dissertação de mestrado)”

⁸³ Naquela ocasião, Streck advogava a necessidade de a doutrina adotar uma postura mais crítica em relação à atividade jurisdicional, de modo a rejeitar a validação automática de posicionamentos apenas com base no argumento de autoridade. O contexto, naturalmente, é diverso daquele em que está inserida a presente abordagem. A metáfora da sala acesa, no entanto, será útil, *mutatis mutandis*, para ilustrar umas das características que informa o conceito de decisão estrutural.

Ruiz (2017) propõe um questionamento interessante ao indagar se as narrativas processuais, assim como pode acontecer com a narrativa literária de não-ficção, toleram finais abertos⁸⁴. Traçando um paralelo entre o desfecho multifacetado de *Operação Massacre*, de R. Walsh, e o discurso jurídico, a autora sugere que a polissemia inerente à produção textual termina por, inevitavelmente, legitimar a defesa do argumento de final aberto também para o discurso judicial.

Com efeito, sendo certo que a narrativa constitui atividade tão literária quanto jurídica e que, ao fim e ao cabo, a distinção entre narratividade literária e a argumentação jurídica diz quanto à amplitude da verossimilhança⁸⁵ (VESPAZIANI, 2015), não é descabido admitir a possibilidade de, ao menos do ponto de vista estritamente semântico-argumentativo, o processo tolerar um final aberto.

Se essa perspectiva – que inclusive se coaduna com a censurabilidade da atividade jurisdicional na forma defendida por Streck e indicada acima⁸⁶ – é defensável do ponto de vista semântico-argumentativo-abstrato, na prática ela teria um alcance muito tímido quando confrontada com as amarras que o ordenamento positivo atribui para a decisão que encerra o processo adversarial tradicional.

Considerando que, no modelo tradicional, o magistrado está necessariamente adstrito ao pedido inaugural e tem sua cognição limitada às provas efetivamente produzidas nos autos – em análise retrospectiva dos fatos na tentativa de se aproximar, tanto quanto possível, da “real” dinâmica experimentada pelas partes litigantes (nota de rodapé nº. 2, supra) –, naturalmente a decisão estará fadada à

⁸⁴ A autora importa a expressão – e, portanto, o conceito – da análise literária para denotar um desfecho que pode sugerir várias possibilidades de encerramento que sequer estão definidas textualmente.

⁸⁵ “Entre as narrações literárias e as judiciárias ocorre a mesma diferença que existe entre verdade e verossimilhança: enquanto as artes narrativas e persuasivas concentram-se nas emoções, tem-se um evento imprevisto que rompe a ordem pré-estabelecida para, então, estabelecê-la de novo; as artes jurídicas e argumentativas fundam-se no controle racional das razões adotadas (tópica), das histórias contadas, e exigem a sua inserção numa estrutura lógica que se conforme a ideais de coerência. Nesse sentido, alguns estados de tradição jurídica da civil law (França Itália, Bélgica etc.) desenvolveram um verdadeiro e próprio aparato institucional destinado ao controle jurídico-formal das argumentações dos juízes: as Cortes de Cassação. Por sorte, não existe nenhuma Cassação para a literatura! Entre a narratividade literária e a argumentação jurídica subsiste, em suma, uma importante diferença quantitativa que diz respeito à liberdade criativa: o escritor de histórias, mas também o crítico literário, goza de uma liberdade efabulatória e interpretativa bastante maior do que aquela do legislador ou do juiz. A literatura pode ser mais inverossímil ou fantástica que uma lei ou uma sentença. O romance pode nutrir-se somente de verossimilhança ou até mesmo de falsificação, uma decisão judiciária deve, ao menos, tentar a maior aproximação possível da realidade”. (VESPAZIANI, 2015, p. 76)

⁸⁶ Com efeito, a possibilidade de continuarmos, ao menos do ponto de vista teórico, discutindo decisão judicial alcançada pela garantia da imutabilidade parte do pressuposto de que o pronunciamento transitado em julgado era apenas um entre os tantos possíveis de serem exarados na hipótese concreta.

afirmação de um final único, legando à crítica doutrinária eventuais desfechos alternativos, mas cujo efeito prático para o caso concreto seria irrelevante.

O mesmo não acontece quando colocamos em perspectiva as decisões proferidas no contexto dos litígios estruturais. Isso porque, conforme já tivemos oportunidade de assinalar nos itens 2.3 e 2.4 supra, litígios dessa natureza têm níveis de complexidade e conflituosidade tão elevados que se torna ou ineficaz, ou mesmo inviável, admitir que as partes saibam de antemão de que forma a decisão deverá tutelar os direitos discutidos e a melhor forma de lhe garantir efetividade.

Nesse sentido, portanto, nem as partes são capazes de limitar de maneira específica a cognição do magistrado – de modo a permitir que o comando decisório seja prolatado com diretrizes claras e eficazes –, nem tampouco o Juízo conseguiria antecipar, por si só, quais as providências que deveriam ser tomadas para implementar a determinação por ele exarada.

Com efeito, em se tratando de processo “no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça” (FISS, 2004, p. 27), as decisões são dotadas de um elevado grau de densidade argumentativa e abstração decisória. Ou seja, ao tempo em que o magistrado se vê obrigado a esmiuçar os fatos discutidos no processo e a eles vincular uma fundamentação jurídica válida, vê-se também instado a proferir um comando decisório de contornos abstratos, considerando que lhe é impossível, aprioristicamente, antecipar quais medidas seriam suficientes (ou mais adequadas) à satisfação da ordem proferida.

Ora, mas se essa abertura decisória é inevitável pela própria natureza excessivamente complexa/conflituosa do direito material discutido, a ideia de final aberto pode ser retomada e aprofundada⁸⁷.

⁸⁷ Antes, porém, façamos um parêntesis: o paralelo traçado com a literatura não perde de vista que os discursos jurídico e literário são informados por características distintas. Especificamente aqui, o que precisa ser levado em consideração é que os objetos de um e de outro são diferentes. Enquanto a decisão judicial serve, essencialmente, à solução de conflitos, a produção literária não só não precisa solucionar nada (exceto conferir respostas aos questionamentos de enredo que ela mesmo fomentou), como pode se perpetuar precisamente a partir de um conflito para o qual jamais haverá uma resposta definitiva: Capitu traiu ou não Bentinho? Ou seja, quando o livro é terminado, o final pode continuar a ressoar em aberto e, por vezes, sem solução definitiva. O mesmo seria possível com o processo? Dividamos essa resposta em duas partes. Primeiro: quando traçamos essa analogia, utilizamos a noção tradicional de coisa julgada como um fechamento. Ou seja, a imutabilidade rigorosa da coisa julgada, revisitada nas decisões estruturais, permitiria a ideia de aproximação com a abertura da obra literária. A ideia de fechamento aqui, portanto, é artificialmente construída: com o trânsito em julgado o livro é fechado. No entanto, se por exercício argumentativo extrapolarmos essa construção, o paralelo ainda nos parece possível. Ou seja, mesmo que tomemos

Dissemos há pouco que, sob a ótica de Ruiz (2017), a abertura tem relação com uma espécie de liberdade interpretativa do sujeito cognoscente. Diante de um desfecho que, em virtude de sua própria estrutura semântico-discursiva, sugere – ou ao menos autoriza – diversos feixes hermenêuticos legítimos, o intérprete não se vê vinculado a nenhum deles. Gostaríamos de, com Eco (2015), ir um pouco além.

Com a erudição que lhe era própria, o mestre italiano se aprofundou no conceito de abertura da obra de arte partindo da música clássica – *Sequenza per flauto solo*, de Luciano Berio; Terceira Sonata para Piano, Pierre Boulez –, passando pela teoria do alegorismo, cunhada na idade medieval⁸⁸, e pelo Iluminismo, até chegar à contemporaneidade de Kafka e Joyce⁸⁹, para formular o seguinte conceito:

A *abertura* e o dinamismo de uma obra, ao contrário, consistem em tornar-se disponível a várias integrações, complementos produtivos concretos, canalizando-os *a priori* para o jogo de uma vitalidade estrutural que a obra

como ponto de chegada não o trânsito em julgado, mas o arquivamento dos (autos do) processo, de certa forma o final aberto ainda pode ser visto. Bem verdade que, nessa segunda hipótese, de uma maneira diferente: considerando as elevadas complexidade e conflituosidade informadoras do litígio discutido no processo estrutural; considerando, ainda, a perspectiva as inúmeras formas de concretização do comando decisório, parece-nos legítimo admitir que, mesmo após a ordem de arquivamento (o fechar do livro), a decisão continue a ressoar na realidade de alguma forma – seja pelos avanços efetivamente alcançados, seja pela crítica daqueles a quem de alguma forma a decisão não atendeu na exata medida do idealizado.

⁸⁸ “No medievo desenvolveu-se uma teoria do alegorismo que prevê a possibilidade de se ler a Sagrada Escritura (e mais tarde também a poesia e as artes figurativas) não só em seu sentido literal, mas em três outros sentidos, o alegórico, o moral e o anagógico. Tal teoria tornou-se nos familiar graças a Dante, mas vamos encontrar suas raízes em São Paulo (*videmus nunc per speculum in aenigmate, tunc autem facie ad faciem*), e foi desenvolvida por São Jerônimo, Agostinho, Beda, Escoto Erígenio, Hugo e Ricardo de São Vítor, Alain de Lille, Boaventura, Tomás e outros, a ponto de constituir o eixo da poética medieval. Uma obra assim entendida é, sem dúvida, uma obra dotada de certa “abertura”; o leitor do texto sabe que cada frase, cada figura, se abre para uma multiformidade de significados que ele deverá descobrir; inclusive, conforme seu estado de ânimo, ele escolherá a chave de leitura que julgar exemplar, e usará a obra na significação desejada (fazendo-a reviver, de certo modo, diversa de como possivelmente ela se lhe apresentara numa leitura anterior)” (ECO, 2015, p. 117 e 118)

⁸⁹ Rigorosamente falando, Eco ainda desmembra ainda mais a análise, chegando a construir um argumento notável em prol da abertura da obra artística, entrelaçando a multipolaridade do universo musical com a física quântica de Einstein. Nas suas palavras, “Acontece, por exemplo, que, enquanto abertura e dinamismo de uma obra lembram as noções de indeterminação e descontinuidade, próprias da física quântica, os mesmos fenômenos aparecem simultaneamente como imagens sugestivas de algumas situações da física einsteiniana. O mundo multipolar de uma composição serial onde o fruidor, não condicionado por um centro absoluto, constitui seu sistema de relações fazendo-o emergir de um contínuo sonoro, em que não existem pontos privilegiados, mas todas as perspectivas são igualmente válidas e ricas de possibilidades – parece muito próximo do universo espaço-temporal imaginado por Einstein” (ECO, 2015, p. 149 e 150). Nesse momento, no entanto, Eco já desenvolve um conceito ainda mais dinâmico, denominado *obra em movimento*, cuja forma de reprodução se aproxima mais das artes plásticas e da música, afeitas à possibilidade de reprodução caleidoscópica, do que das manifestações literárias. Considerando a indissociabilidade do direito do discurso narrativo, inclusive na forma apontada pouco acima (VESPAZIANI, 2015), não vimos razão para seguir até o final o caminho proposta por Eco.

possui, embora inacabada, e que parece válida também em vista de resultados diversos e múltiplos (ECO, 2015, p. 154)

Nesse sentido, parece-nos que, à nossa investigação, o conceito de Eco é mais pertinente porque torna mais nítida a abertura do texto à influência do sujeito cognoscente, inclusive no tocante aos movimentos de interferência – “integrações”, “complementos produtivos”. Ao fazer isso, a dimensão dialógica que está na base do processo estrutural ganha em densidade. Ao mesmo tempo, ao tratar a obra artística como uma estrutura permanentemente aberta, Eco permite que tracemos um paralelo mais eficaz entre a ideia de estabilidade transitória dos comandos que servirão a conferir efetividade à decisão estrutural.

Com efeito, considerando que as decisões estruturais afirmam uma meta, um objetivo a ser alcançado – assumindo a estrutura deôntica de uma norma-princípio (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017) –, a rígida imutabilidade da coisa julgada do processo tradicional dá espaço para uma abertura dinâmica de “provimentos em cascata”, para utilizar a feliz expressão de Arenhart (2013).

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 proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ser 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 (ARENHART, 2013, p. 400)

A abertura da decisão estrutural, portanto, diz quanto ao contínuo processo de construção que ocorre *após* o trânsito em julgado. Diferentemente do que acontece com a decisão proferida no processo adversarial tradicional – em que as providências visando à satisfação do comando jurisdicional têm caráter quando muito instrumental, visando assegurar a efetividade de uma determinada prestação –, no processo estrutural, as providências posteriores ao trânsito em julgado possuem uma densidade significativa; elas vão muito além de simples medidas instrumentais visando à satisfação do direito certificado. Ao contrário, vão pouco a pouco aderindo ao núcleo principiológico da coisa julgada como forma não apenas de concretizá-lo, mas de, nesse movimento, complementar/significar seu alcance e extensão no caso concreto.

Feitas essas considerações, podemos retomar o conceito que paulatinamente vem se desenvolvendo para aditá-lo nos seguintes termos: decisão estrutural é aquela que, proferida em um contexto de litigiosidade coletiva de elevada conflituosidade, tem aptidão para dialogar com os diferentes níveis de interesse envolvidos na relação jurídico-processual, de modo a, tanto quanto possível, legitimar-se por cancelar a própria conclusão desse processo construtivo-dialógico (legitimação horizontal), por meio da intervenção atipicamente gerencial e “legislativa” do magistrado, a quem caberá, ao final, proferir decisão de viés proposital e necessariamente aberto, de modo a permitir que, durante o dinâmico processo de concretização do comando abstrato da norma jurídica, essa decisão seja revisitada e integralizada pelas providências posteriores ao trânsito em julgado, em um contexto processual de final aberto.

3.4 Estamos apenas começando: o que vem após o trânsito em julgado?

A ideia de final aberto, desenvolvida no tópico anterior, responde apenas por um aspecto das decisões estruturais. Uma vez evidenciada a razão dessa abertura, é preciso delinear o seu alcance prático. Em outras palavras: quais as consequências dessa incompletude do comando transitado em julgado?

Dissemos pouco acima que uma das principais características da decisão estrutural é a amplitude (ou abstração) do seu dispositivo, em uma estrutura que se aproxima do conceito de norma-princípio defendido por Neves (2013) – para quem, sobretudo em razão da estrutura semântica mais dilatada dessas normas, elas seriam responsáveis por intermediar a comunicação do sistema jurídico com os outros sistemas sociais, viabilizando a sua abertura às variáveis do ambiente⁹⁰.

A mencionada abertura serve, portanto, a viabilizar a comunicação entre o comando normativo-abstrato e as dinâmicas variáveis ambientais que deverão ser

⁹⁰ Com efeito, Neves (2013, p. 159 e 160) sustenta que: “as questões constitucionais mais controversas, envolvendo princípios e regras, serão tratadas mais adequadamente em uma prática constitucional capaz de reagir aos perigos da desdiferenciação (no plano dos sistemas sociais e das ordens jurídicas entrelaçadas em torno de problemas constitucionais) e da negação da dupla contingência (no plano das pessoas e grupos). Isso exige que essa prática, ao absorver o dissenso em torno de princípios com a exclusão de perspectivas subjacentes a estes, seja capaz de reorientar e estabilizar as expectativas normativas correspondentes. Mas, paradoxalmente, a reorientação das expectativas normativas, nesses termos, só se legitima caso sirva à manutenção e, inclusive, à promoção do dissenso estrutural em torno dos princípios constitucionais, não só na esfera pública referente ao Estado democrático de direito, mas também na sociedade envolvente do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”.

levadas em consideração no momento de assegurar eficácia ao comando semanticamente aberto da norma.

Sendo certo que a decisão estrutural, em virtude da sua abrangência – horizontal e vertical –, não consegue se harmonizar com um comando decisório fechado, capaz de dispor antecipada e detalhadamente quais as providências necessárias à concretização do direito afirmado, resta-lhe a alternativa da abertura.

Por abrangência horizontal queremos tratar do alcance que a decisão estrutural tem sobre diversos setores da sociedade, ou seja, a sua aptidão para promover mudanças não apenas no grupo/subgrupo mais diretamente atingido pela lesão, mas também sobre aqueles que gravitam em torno do núcleo mais denso.

Nesse sentido, convém relembrar e dialogar, aqui, com o conceito de litígios transindividuais de difusão irradiada apresentado acima, no qual diversas esferas de interesse compõem o mesmo contexto jurídico do direito judicializado. Por abrangência horizontal tratamos da capacidade de a decisão atingir os mais variados níveis de interesse na solução da controvérsia: do núcleo mais denso à periferia mais rarefeita.

A abrangência vertical, por seu turno, tem relação com a profundidade das mudanças levadas a efeito pela decisão estrutural. Considerando que os efeitos das decisões estruturais atingem, por excelência, instituições públicas reconhecidamente burocratizadas e hierarquizadas⁹¹, há se reconhecer que, a depender da maneira mais ou menos eficiente com que a fase de cumprimento se desenrolar, o nível de aprofundamento pode variar de instituição para instituição, de um grupo para outro.

Dessa forma, as abrangências horizontal e vertical da decisão estrutural podem ser vistas tal qual o processo de enraizamento de determinada espécie de árvore ao solo. Ele pode se desenvolver com bastante profundidade e pouca abrangência, com alta abrangência e pouca profundidade e, por último, com elevada abrangência e severa profundidade.

⁹¹ Tradução livre: “Burocracia’ é um termo comumente utilizado com conotações pejorativas, em razão das patologias ou disfunções relacionadas a organizações complexas, mas eu pretendo utilizá-lo de modo descritivo. Utilizarei o termo ‘burocracia’ para me referir a uma organização complexa com três características: (1) multiplicidade de atores; (2) divisão de funções ou responsabilidades entre eles; e (3) confiança na hierarquia como dispositivo central para coordenar suas atividades”. No original: “*Bureaucracy’ is a term often used with pejorative connotations, because of the pathologies or dysfunctions connected with complex organizations, but I intend it more descriptively. I will use the term “bureaucracy” to refer to a complex organization with three features: (1) a multitude of actors; (2) a division of functions or responsibilities among them; and (3) a reliance upon a hierarchy as the central device to coordinate their activities*”. (FISS, 1983, p. 1444)

A penetração que essa decisão terá na vida prática das instituições terá relação justamente com a forma como a concretização do comando abstrato será pensada e posta em prática.

Um único exemplo, dimensionado brevemente de duas maneiras distintas, servirá para ilustrar o nosso argumento: admitamos um hospital psiquiátrico público localizado no centro de uma grande capital brasileira que, por falta de investimento e mau uso do dinheiro público pelos administradores, esteja submetendo os pacientes a condições indignas de tratamento. A Defensoria Pública do respectivo Estado da Federação, tomando esse caso como gatilho, ingressa com ação civil pública cujo principal objetivo é forçar o ente público a rever sua política de apoio e tratamento de pacientes com doenças mentais. Terminada a discussão e esgotadas as instâncias recursais, o comando que transita em julgado estabelece, em termos abertos, que o Estado é obrigado a garantir condições de tratamento adequadas e dignas para todos aqueles que, não podendo arcar com as despesas de uma rede particular, necessitem do apoio do sistema único de saúde.

Admita-se que, na primeira dimensão desse exemplo, a fase de cumprimento de sentença tenha início com a intimação do Estado para apresentar dois planos de atuação – um emergencial, no prazo de 30 (trinta) dias; e outro que verse sobre as ações a serem adotadas a médio longo prazo, no prazo de 90 (noventa) dias. Ao final do primeiro prazo, o Estado atravessa petição nos autos pedindo dilação de prazo em razão da complexidade do tema e termina apresentando o projeto emergencial apenas com 90 (noventa) dias – e o cronograma de ações sem caráter de urgência apenas sete, oito meses depois. O Juízo abrirá vista desses cronogramas aos atores situados no polo contrário da relação – admitamos que, assistindo à Defensoria, estão organizações sem fins lucrativos cujo objeto social é a promoção de programas de apoio dessa natureza –, o que, naturalmente, vai demandar mais tempo.

O resultado é que, passado quase um ano do início do cumprimento de sentença a situação pouco foi alterada e a perspectiva é que os indivíduos diretamente afetados pela medida somente começarão a sentir os primeiros reflexos da paradigmática decisão dali a outros bons meses.

Para a segunda perspectiva, façamos alguns ajustes de roteiro: admita-se que, iniciado o cumprimento de sentença, o Juízo assinale às partes um prazo de 10 (dez) dias para que indiquem assistentes capazes de discutir, juntamente com

profissional(is) da área indicado(s) pelo magistrado, questões técnicas anteriores à própria elaboração do cronograma de atividades. A ideia desse corpo técnico é categorizar, em conjunto, as providências em níveis de urgência: quais medidas não podem esperar (compra de medicamentos, por exemplo); quais as providências que, embora não afetem em caráter irremediável a saúde dos pacientes, têm efeito direto no tratamento e demandam um investimento baixo (recuperação de espaço aberto para prática de atividades físicas/lúdicas, por exemplo); quais as alternativas que devem ser pensadas para antecipar a eficácia de medidas que demandarão um esforço financeiro e temporal mais elevados (transferências dos pacientes com quadro clínico mais grave para entidades privadas, com os custos suportados pelo Poder Público, por exemplo); entre outras tantas medidas de gradação a serem tomadas antes mesmo de dar início à efetiva elaboração dos planos mais abrangentes de reforma.

Ao tornar mais dialógico (e técnico) esse processo de concretização, o Juízo do nosso exemplo torna mais dinâmicas e racionais as providências a serem adotadas, de modo que os primeiros efeitos já podem começar a serem sentidos quase que imediatamente – e serão seguidos de medidas complementares que, se não são capazes de resolver o problema, ao menos sinalizam para uma mudança que começa a ser feita e pensada paulatinamente.

Uma categorização dessa ordem não apenas maximiza, ao menos potencialmente, a eficácia concreta da decisão, mas permite que o Juízo acompanhe melhor o cumprimento das metas e seja capaz de, se necessário, adequá-las de modo a atender aspectos concretos que não poderiam ter sido antecipados pelo corpo técnico.

Por óbvio que no primeiro esboço do nosso exemplo, é possível enxergar uma decisão que se concretiza em um ritmo lento, com potencial de abrangência horizontal reduzido e alcance vertical ainda impossível de ser antecipado. O processo de concretização, naturalmente, pode evoluir e passar a tutelar a situação de maneira mais efetiva. De todo modo, nesse nosso exercício de abstração, é perfeitamente crível admitir que, em razão da demora, a capacidade de penetração desse comando decisório seja afetada.

Na segunda projeção do nosso exemplo, por outro lado, a flagrante diferença de velocidade na concretização do comando aberto transitado em julgado conduz à uma abrangência horizontal mais ampla – ao menos essa seria a expectativa – e um

potencial de penetração vertical, na própria estrutura da instituição, também muito maior. Afinal, se as mudanças começam a acontecer em ordem de urgência e vão sendo incorporadas aos poucos a tantas outras que, senão igualmente urgentes, são significativas para o enfretamento do problema, o potencial de capilarização dessa decisão é sobremaneira incrementado.

Como dissemos, esses foram apenas dois rascunhos à “mão livre” da maneira como diferentes posturas podem influenciar definitivamente no processo de concretização da decisão estrutural – inclusive de modo a fazer com que o “estrutural” não se limite a um enunciado semântico e seja experimentado de fato na prática da instituição.

Incontáveis outras providências podem ser pensadas (e repensadas) a depender dos contornos fáticos que informam o caso concreto – e das respostas, mais ou menos positivas, que as providências venham a oferecer. Afinal, como bem pondera Vitorelli (2016, p. 532), “em litígios estruturais, a realidade do momento da execução vai influenciar no modo como serão definidos concretamente os objetivos abstratos fixados na sentença”.

Voltando atenção ao modelo norte-americano, Bauermann (2017) pondera que a fixação das medidas, pelo Juízo, deve levar em consideração dois princípios: *balancing the equities* e *tailoring the remedy*. E explica:

O primeira exige que o juiz analise as consequências de conceder a decisão requerida pelo autor; boas ou más, visto que, se os benefícios alcançados forem menores que o mau causado ao réu no cumprimento da decisão, deverá negada ou, ao menos, limitada. (...) Por sua vez, o princípio denominado *tailoring the remedy* requer que o juiz vise claramente ao atendimento do direito material reconhecido como devido ao desenhar a medida a ser utilizada. (BAUERMAN, 2017, p. 288)

Além disso, é interessante que as medidas que buscam conferir efetividade sejam, tanto quanto possível, maturadas com a participação dos grupos/subgrupos que serão afetados pela decisão, em um contínuo processo dialógico no qual o magistrado termina figurando mais como um facilitador do que propriamente como uma autoridade equidistante e onisciente que simplesmente impõe uma decisão. Naturalmente esse papel continua a lhe caber – será sempre do magistrado a direção dos trabalhos e, em último caso, a decisão definitiva para eventual controvérsia –, mas a experiência de concretização indica que, em razão da multipolaridade que informa os litígios transindividuais de difusão irradiada – e,

consequentemente, a decisão estrutural –, também na fase de cumprimento de sentença uma saída dialógica é duplamente interessante: seja porque espelha com mais nitidez a vontade/expectativa daquele determinado grupo, seja porque “blinda” decisão que se reporta à essa alternativa construída⁹².

Nesse sentido, ganha (ainda mais) importância o modelo do *town meeting*, defendido por Vitorelli (2016) a partir da doutrina norte-americana e que consiste na permanente abertura, no interior do processo, para influências diretas dos grupos atingidos e interessados na concretização do comando decisório. Nesse modelo, “realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados” (VITORELLI, 2016, p. 526).

Não se olvide, ademais, que a abertura institucional ao diálogo e à construção dialógica das medidas de efetivação da decisão terminam por minorar a carga de rejeição daquelas providências que, fatalmente, tenham de ser tomadas exclusivamente pelo magistrado. Em reforço a esse argumento, podemos trazer à colação as palavras de Fiss (2009), que atribuiu ao perfil mediador do Juiz Johnson a autoridade de ter suas decisões respeitadas, mesmo quando não se concordasse com elas⁹³.

Isto posto, é possível retomar para concluir o conceito que foi sendo construindo ao longo desse capítulo. Assim: decisão estrutural é aquela que, proferida em um contexto de litigiosidade coletiva de elevada conflituosidade, tem aptidão para dialogar com os diferentes níveis de interesse envolvidos na relação jurídico-processual, de modo a, tanto quanto possível, legitimar-se por cancelar a própria conclusão desse processo construtivo-dialógico (legitimação horizontal), por meio da intervenção atipicamente gerencial e “legislativa” do magistrado, a quem caberá, ao final, proferir decisão de viés proposital e necessariamente aberto, permitindo que, durante o dinâmico processo de concretização do comando abstrato

⁹² Fazemos referência aqui, *mutatis mutandis*, à noção de preclusão lógica. Contextualizando: careceria de interesse para impugnar a decisão o grupo que houvesse ativamente participado do seu processo de construção e afirmação.

⁹³ Tradução livre: “Rejeitado por seus vizinhos e amigos e desprezado por políticos locais, incluindo o governador, o juiz Johnson conhecia muito bem o caráter hostil do ambiente em que atuava. Ele, portanto, teve que trabalhar intensamente para estabelecer sua legitimidade – um reconhecimento generalizado de sua autoridade – de modo que mesmo aqueles que discordassem da substância de suas ordens – quase todos – cumprissem-nos”. No original: “*Shunned by his neighbors and friends and scorned by local politicians, including the governor, Judge Johnson knew all too well the hostile character of the environment in which he acted. He therefore had to labor mightily to establish his legitimacy – a pervasive recognition of his authority – so that even those who disagreed with the substance of his orders-almost everyone-would comply with them*”. (FISS, 2009, p. 1273 e 1274)

da norma jurídica, essa decisão seja revisitada e integralizada pelas providências posteriores ao trânsito em julgado, em um contexto processual de final aberto, do qual participam na formulação das providências instrumentais visando à concretização, preferencialmente, aqueles grupos que serão atingidos pela decisão.

4 O BRASIL E A COMPLEXA MODERNIDADE PERIFÉRICA: DELINEANDO O CONTEXTO DE IMPORTAÇÃO

Quando Nelson Rodrigues (1993) atacava acidamente o complexo de viralatas do brasileiro ele falava de futebol. Especificamente, da descrença com que a seleção partira para a Copa do Mundo de 1958 ainda carregando as decepções do Maracanã de 1950. Dizia que não devíamos em nada para ingleses, uruguaios e todas as outras seleções, pelo contrário: tínhamos tática e técnica, o que nos sabotava era essa mania abjeta de nos colocarmos em posição de inferioridade em relação ao resto do mundo.

Com o passar dos anos – e acompanhando o extenso elenco de promessas de avanços sociais não cumpridas⁹⁴ –, a expressão extrapola as quatro linhas e se incorpora ao vocabulário cotidiano, uma espécie de lembrete cada vez mais tímido, a nos sugerir que não devemos reverência irrestrita (e automática) ao que é estrangeiro pelo simples fato de haverem outras línguas pensado antes de nós.

Trata-se, no mais das vezes, de uma espécie de argumento superficial em tons de subserviência e cabotinismo: aquele que prefere o estrangeiro apenas em razão de sua origem, desiste antecipadamente do diálogo, da construção dinâmica de conhecimento, a partir do pressuposto presunçoso de erudição inata daquilo que é importado^{95 96}.

⁹⁴ “Antonio Candido observa que ‘até mais ou menos o decênio de 1930 predominava entre nós a ideia de país novo, que ainda não pudera realizar-se, mas que atribuía a si mesmo grandes possibilidades de progresso futuro’. A esse período ele atribui uma ‘consciência amena do atraso’ brasileiro. ‘Sem ter havido modificação essencial na distância que nos separa de países ricos’, prossegue Candido, ‘o que predomina agora [o texto data do início dos anos 1970] é a noção de país subdesenvolvido. Conforme a primeira perspectiva salientava-se a pujança virtual e, portanto, a grande ainda não realizada. Conforme a segunda, destaca-se a pobreza atual, a atrofia; o que falta, não o que sobra’. Assim, a partir dos anos 1930 vai se formando progressivamente uma consciência do subdesenvolvimento, que só se consolida a partir dos anos 1950”. (BOSCO, 2017, p. 36 e 37)

⁹⁵ Um aspecto de natureza subjetiva também merece destaque: o recurso a um argumento importado, não raras vezes, tende a ser visto como manifestação de erudição. Senão por mais, porque quem dele se utiliza teve de incursionar, direta (primeira tradução) ou indiretamente (releitura/remissão à tradução anterior), em um contexto linguístico e cultural distinto do seu habitat natural. Não deixa de ser curioso, de certa forma, imaginar que esse movimento representa o exato oposto daquele que, nos séculos XV e XVI, lançou os países ibéricos ao mar: se antes o velho continente carecia de recursos para continuar a fomentar seu crescimento e veio a encontrá-los nas novas terras, agora é o colonizado que volta suas atenções à produção intelectual do (antigo) conquistador para tentar responder problemas de nação de periferia.

⁹⁶ Em certa medida, a mesma preocupação foi expressada pelo mestre Ariano Suassuna no contexto da incorporação canibal, pela cultura brasileira, das influências estrangeiras. Como sabido de todos, Suassuna sempre recusou a postura subserviente em face das manifestações culturais estrangeiras, a recepção acrítica feita por parte da sociedade brasileira. A fala aguerrida de sertanejo orgulhoso rendeu ao mestre uma injusta reputação em tons de intransigência. A crítica, naturalmente,

A adesão acrítica ao que vem de fora, naturalmente, não é estranha ao direito. A prática brasileira é repleta de exemplos – a níveis doutrinários, jurisprudenciais e dogmáticos – de argumentos importados.

Quando à doutrina, podemos facilmente lembrar a profusão incontável de produções acadêmicas discorrendo em termos ora mais, ora menos superficiais, sobre a ponderação de princípios defendida por Robert Alexy, a repetir sempre a mesma fórmula genérica – equalização de razoabilidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, que termina por inaugurar um oceano de decisões argumentativamente inconsistentes⁹⁷.

Nesse sentido, como adverte Gouveia (2016, p.184),

desdenhava da preocupação de Suassuna por enxerga-la apenas superficialmente: não se tratava de menosprezar o que vinha de fora simplesmente por sua origem, mas de recusar adoração incondicional e acrítica. Essa ressalva foi lembrada em diversas aulas espetáculo. Numa delas, divulgada no endereço: https://www.youtube.com/watch?v=aw_IZ6uTYtE&t=1504s. essas foram as exatas palavras por ele utilizadas: “às vezes, porque eu faço essa valorização [da cultura brasileira] o pessoal pensa que eu tenho hostilidade às culturas dos outros países; não tenho hostilidade não, nenhuma. Eu seria até um ingrato se eu tivesse essa hostilidade, porque eu devo muito a Cervantes e Calderón, que eram espanhóis; a Molière, que era francês; a Dostoiévski, Gógol e Tolstói, que eram russos. Agora, querer que, só pra não ser considerado arcaico, eu goste de Lady Gaga? (...) Contra a cultura americana de verdade eu não tenho [nada contra] não, como não tenho contra nenhum país. Agora eu quero afirmar a nossa, porque aí qualquer coisa que nos venha de fora em vez de ser uma influência que nos esmaga, que nos corrompe, que nos descaracteriza, passa ser uma incorporação que nos enriquece”.

⁹⁷ Para críticas contundentes acerca do recurso indiscriminado a argumentos fundados em princípios, ainda que a partir de aportes teóricos e chegando a conclusões distintas acerca do papel dos princípios no ordenamento jurídico, STRECK, 2016; STRECK, 2014; NEVES, 2013. Brevemente: para Streck, os princípios servem ao fechamento do sistema. Afinal, eles é que serão responsáveis por permitir ao julgador a afirmação da resposta correta para o caso específico. Nesse sentido: “através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos discursos fundacionais acerca da interpretação jurídica e da superação da distinção lógico-estrutural – é que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) –, pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas” (STRECK, 2007, p. 38). Para Neves, ao contrário, os princípios são responsáveis por intermediar a comunicação do sistema jurídico com os outros sistemas sociais, viabilizando a sua abertura às variáveis do ambiente. Assim é que, “as questões constitucionais mais controversas, envolvendo princípios e regras, serão tratadas mais adequadamente em uma prática constitucional capaz de reagir aos perigos da desdiferenciação (no plano dos sistemas sociais e das ordens jurídicas entrelaçadas em torno de problemas constitucionais) e da negação da dupla contingência (no plano das pessoas e grupos). Isso exige que essa prática, ao absorver o dissenso em torno de princípios com a exclusão de perspectivas subjacentes a estes, seja capaz de reorientar e estabilizar as expectativas normativas correspondentes. Mas, paradoxalmente, a reorientação das expectativas normativas, nesses termos, só se legitima caso sirva à manutenção e, inclusive, à promoção do dissenso estrutural em torno dos princípios constitucionais, não só na esfera pública referente ao Estado democrático de direito, mas também na sociedade envolvente do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” (NEVES, 2013, p. 159 e 160).

(...) Não tenhamos dúvida: no direito brasileiro, temos vivido momentos de prevalência do puro subjetivismo dos julgadores. Um dos fatores que têm estimulado essa postura por parte de juízes e tribunais é a utilização indiscriminada e descontrolada de princípios, mesmo existindo no ordenamento jurídico regras claras, inequívocas e passíveis de aplicação na decisão dos casos concretos.

Como exemplo da importação ideologicamente orientada de argumento estrangeiro, vale lembrar da recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão ‘antes’ do trânsito em julgado da decisão condenatória. A tese prevalecente no julgamento das ADCs 43 e 44 empreendeu uma ressignificação da presunção de inocência, sobretudo a partir de remissões a precedentes firmados em outros países, a despeito dos votos de contenção dos argumentos em contrário dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandoski e Rosa Weber^{98 99 100}.

A mencionada importação dogmática pode ser ilustrada com a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de um sistema de precedentes obrigatórios *ex lege*, um dos pilares do Código de Processo de 2015 (DIDIER JR., 2015), que, ao tempo em que merece loas por buscar conferir coerência e integridade à balbúrdia jurisprudencial brasileira – onde Juízos de primeira instância não se sentiam minimamente compelidos a seguir o entendimento das Cortes Superiores quando dele discordasse –, não escapa à crítica de que um sistema de precedentes não surge do dia para a noite por força de imposição legislativa – sendo, ao contrário, resultado de uma marcha histórica cujo nascedouro é anterior à própria doutrina do *stare decisis*^{101 102} (ABBOUD, 2015).

⁹⁸ Um breve apanhado sobre os votos de cada um dos Ministros pode ser encontrado em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 31 de jan. 2019. Especificamente sobre a análise comparada com outros ordenamentos, vide voto do Min. Teori Zavascki.

⁹⁹ O assunto voltou à ordem do dia com o julgamento do HC 152.752, impetrado em favor do ex-presidente Lula. Em maioria estreita, a orientação afirmada no julgamento das ADCs 43 e 44 foi mantida, havendo o Min. Celso de Mello tornado a ponderar a necessidade de que o princípio da presunção de inocência seja interpretado e matizado, precipuamente, pelas disposições constitucionais – e não pelo alcance dado a ele pelos diversos ordenamentos estrangeiros.

¹⁰⁰ Para uma análise aprofundada do movimento de diálogo jurisprudencial transnacional, inclusive com ponderações acerca dos reflexos que o binômio política-economia pode ter sobre a maior influência de uma determinada Corte em relação a outra, consulte-se ALLARD; GARAPON, 2005.

¹⁰¹ “(...) Pode-se afirmar que o *common law*, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos do modo como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares”. (ABBOUD, 2015, p. 401 e 402)

É nesse cenário que a discussão sobre a importação das decisões estruturais está inserida. Mais do que isso: considerando o relativo ineditismo do tema, as análises feitas pela doutrina nacional ainda estão embebidas por essa espécie de romantismo doutrinário alérgico à crítica. Daí porque, no mais das vezes, os trabalhos se limitam a apresentar objetivamente o instituto – contexto histórico de surgimento (SOUZA, 2017; JOBIM, ROCHA, 2017), nuances específicas da estrutura decisória (ARENHART, 2013; ARENHART 2017a), qual a matéria pode ser tutelada por essas decisões (JOBIM, 2017; SALLES, 2017), etc. Mesmo trabalhos de maior fôlego (VITORELLI, 2016; FERRARO, 2017) deixaram de estabelecer a “ponte” que ora nos propomos a traçar.

O que interessa problematizar é o próprio contexto de importação do instituto. Partindo da premissa firmada logo nas primeiras páginas deste trabalho – de que o processo, como todo o restante do universo jurídico, não existe ‘fora’ de um contexto histórico e social –, qualquer discussão acerca da aplicabilidade prática das decisões estruturais depende de um juízo de valor positivo quanto à possibilidade de recepção do instituto pelo sistema jurídico.

Já investigamos qual direito pode ser tutelado pelas decisões estruturais; já apresentamos as raízes históricas do instituto e nos aventuramos na tarefa de formular um conceito de decisão estrutural. Com tudo isso em mente, precisamos indagar agora sobre a viabilidade de transporte desse instituto estrangeiro para a nossa realidade. Em outras palavras: de nada adianta um Rolls-Royce na garagem se o proprietário não possui licença para dirigir. Temos de saber se seremos capazes de aplicar eficazmente decisões dessa natureza – ou se precisaremos propor uma solução intermediária.

Pois muito bem, partindo de dados objetivos: a Estátua da Liberdade e o Cristo Redentor não se confundem; a [Rua] Oscar Freire fica bem distante da Quinta Avenida; foi T. S. Eliot quem ganhou o Prêmio Nobel de Literatura (e não Ferreira Gullar); nossa escravidão foi formalmente abolida por uma Lei [Áurea] e não pela guerra [da secessão]; um dólar vale quase quatro reais; e nós ainda precisamos patrulhar com atenção o fantasma da ditadura, enquanto nossos vizinhos do norte

¹⁰² Para uma análise exaustiva do sistema de precedentes, vide MACÊDO, 2017; CAMARGO, 2016; e MARINONI, 2016.

ostentam um invejável histórico de 58 eleições diretas para Presidente da República¹⁰³.

O Brasil, para o bem ou para o mal, não é os Estados Unidos. E, se somos diferentes em tantos aspectos, é natural indagar logo de partida: o que funciona para os (norte)americanos funcionará também para nós brasileiros?

Para responder a essa pergunta – que começará a ser matizada neste capítulo, mas apenas encerrada com as considerações do capítulo quinto –, é necessário sustentar a discussão sobre um aporte sociológico suficientemente robusto para, a partir dele, dar início às nossas ponderações. Nesse sentido, o que nos será importante é a teoria dos sistemas formulada pelo alemão Niklas Luhmann.

A comunicação está na base da teoria luhmanniana. É ela quem informará a natureza social própria do que é humano (SILVA, 2016). Nesse sentido,

Na Teoria dos Sistemas, o que se enfatiza é a verdadeira *emergência* da comunicação. Não há propriamente transmissão de alguma coisa; mas sim uma redundância criada no sentido de que a comunicação inventa sua própria memória, que pode ser evocada por diferentes pessoas, e de diferentes maneiras. Quando A comunica algo a B, a comunicação seguinte pode ser dirigida tanto a A como a B. Pode-se, então, imaginar o sistema como um pulsar constante: a cada criação de redundância e a cada seleção o sistema se expande e se contrai permanentemente. Portanto, os três componentes sintéticos que produzem a comunicação – *informação*, *ato de comunicar* e *ato de entender* – não devem ser interpretados enquanto atos ou funções, ou horizontes de aspirações de validade (embora tudo isso possa ser utilizado na comunicação (...)) Em vez disso, a comunicação deverá ser entendida como uma questão de distintas seleções, cuja seletividade se constitui pela própria comunicação. (LUHMANN, 2011, p. 299 e 300, destaques em itálico constantes no original)

A comunicação é um sistema que cria não apenas os próprios elementos de reprodução (autopoiese), como também sua própria estrutura. Afinal, apenas o que puder ser comunicado tem capacidade de influenciar o sistema social e “somente a comunicação pode influenciar a comunicação; apenas ela pode controlar e tornar a reforçar a comunicação” (LUHMANN, 2011, p. 301).

¹⁰³ “A definição mínima de democracia afirma simplesmente que, numa eleição, os perdedores aceitam a derrota. Entregam o poder sem recorrer à violência. Noutras palavras, dão um sorriso amarelo e aguentam firme. Se isso acontece uma vez, temos todo o potencial de uma democracia. Se acontece duas vezes, temos uma democracia feita para durar. Nos Estados Unidos, já ocorreu 57 vezes de os derrotados numa eleição presidencial aceitarem o resultado, embora aqui e ali tenha sido por pouco (...). Uma única vez, em 1861, a democracia do país deixou de passar nesse teste – quando um grupo de estados do Sul não se conformou com a ideia de Abraham Lincoln ser o presidente legítimo e lutou contra ela por quatro anos”. (RUNCIMAN, 2018, p. 20)

A sociedade é, portanto, um sistema capaz de se organizar e de se referir ao ambiente por meio da comunicação, aprendendo consigo mesma (autorreferência) e a partir de elementos externos (heterorreferência) – biológicos ou psicológicos, p. ex. (SILVA, 2016).

Esse sistema social, por seu turno – e a depender do seu grau de evolução e desenvolvimento (LUHMANN, 1990) –, é composto por um número mais ou menos extenso de subsistemas. Na sociedade moderna, o direito é apenas um dos vários sistemas sociais. Assim como o sistema jurídico, há também o econômico, o político, o religioso, o científico, o amoroso, dentre outros, todos expostos às mesmas variáveis ambientais. Nesse sentido, “tudo que ocorre pertence simultaneamente a um sistema (ou a vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas” (NEVES, 2012, p. 59).

Com efeito, “a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica” (NEVES, 2009, p. 23). Assim é que, cada um desses sistemas será informado por uma racionalidade própria – o que, por sua vez, leva a uma pluralidade de códigos-diferença que serão responsáveis por matizar diferentemente as influências ambientais em cada um desses sistemas autônomos:

A diferença “ter/não ter” prevalece no sistema econômico, o código “poder/não poder” tem o primado no político e a distinção lícito/ilícito predomina no jurídico. Na ciência, arte, educação, religião e no amor, têm o primado, respectivamente, os códigos “verdadeiro/falso”, “belo/feio”, (“afinado *versus* desafinado esteticamente”), “aprovação/reprovação (enquanto código-limite da diferença gradual “aprender/não aprender”), “transcendente/imanente” e o código amoroso (“prazer/amor” ou “amor/desamor”), que serve de base à formação da família nuclear moderna (NEVES, 2009, p. 24).

Assim é que, para a teoria dos sistemas, não há prevalência de um sistema sobre o outro (simetria sistêmica); há, isto sim, diversos pontos de observação (e de fala), orientados por racionalidades distintas, inseridos no mesmo ambiente de comunicação.

Inevitavelmente, um mesmo fato social pode afetar mais de um sistema. Para não estender demais a digressão: a liberdade religiosa é um tema ligado não apenas à religião, mas também ao direito, à política, à educação. O mesmo fato, portanto (“professar uma crença religiosa”), pode ser visto pelo sistema jurídico como a liberdade de ‘ter’ uma crença, como a de ‘não ter’ uma crença; pode ser visto,

também, pela religião como uma escolha pessoal de respeito aos dogmas e convenções daquela determinada crença (dimensão positiva), como de respeito institucional e individual de respeitar a crença alheia (dimensão negativa).

Em cada uma dessas situações o que se espera, do ponto de vista teórico-operacional, é que o sistema processe aquela comunicação externa a partir do seu próprio código-diferença e, a partir daí, restabilize a si mesmo, incorporando (ou repelindo) aquela nova forma de comunicação (NEVES, 2012).

O problema surge quando ingerências externas ao sistema rompem com a racionalidade que lhe é própria e a substituem por outra que lhe é estranha:

Ao afirmar-se o intrincamento dos códigos e critérios de preferência das diversas esferas da vida social (economia, política, família, etc.) com o código-diferença e os critérios do direito, não se desconhece que sempre há um condicionamento de todo e qualquer sistema autopoietico pelo seu ambiente, e que isso constitui pressuposto da conexão auto-referencial dos componentes intra-sistêmicos. Mas, nesse caso, há a “comutação” ou “digitalização” dos fatores externos pelo código e o critério do respectivo sistema. É na capacidade de “releitura” própria das determinantes ambientais que o sistema se afirma como autopoietico. Na medida em que, ao contrário, os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito/ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc, cabe, sem dúvida, sustentar a existência da alopoiese do direito (NEVES, 2011, p. 146 e 147)

A hipótese de “invasão de racionalidade” constitui (ou deveria constituir), portanto, uma quebra/falha no modelo de reprodução e/ou aplicação das comunicações já estabelecidas pelo sistema e por uma razão muito simples: se a leitura do fato é feita a partir de outro código-diferença, o resultado a que se chegará, fatalmente, não se harmonizará com o restante do sistema¹⁰⁴, inaugurando um formato de reprodução alopoietico.

Em termos exemplificativos: a forma como arte (“belo/feio”) e religião (“transcendente/imanente”) processam o mesmo dado ambiental externo é absolutamente diversa, de modo que, tentar reler uma obra artística a partir da religião fatalmente conduzirá não a um apropriado juízo artístico, mas a uma visão religiosa da arte.

¹⁰⁴ Vale dizer: quando o sistema perde a sua capacidade de releitura das determinantes ambientais e se aproxima do conceito de reprodução alopoietica – e não de modo eventual, mas no contexto de uma recorrente incapacidade de matizar as influências externas a partir do código-diferença lícito-ilícito (NEVES, 2011)

Como já foi dito, o código-diferença próprio do direito é o “lícito/ilícito”. Por consequência, devem (ou deveriam) ser excluídas das leituras processadas pelo sistema jurídico racionalidades inerentes aos sistemas religiosos, por exemplo. Não se trata de ignorar um dado fático externo inerente à religião, mas de evitar que essa forma de comunicação desvirtue a leitura jurídica que será levada a efeito pelo sistema.

Professar uma determinada crença é um dado fático externo ao direito. No contexto social brasileiro, considerando as diversas influências que convergiram para a construção do povo, do ponto de vista jurídico, essa liberdade ‘tem de’ dizer respeito igualmente à tradição cristã, às religiões de matriz africana, ao ateísmo. O que o direito garante, portanto, é o respeito indiscriminado a todas as formas de crença – o que passa, obrigatoriamente, pela afirmação de um Estado que não professe religião alguma (laicidade).

A laicidade afirmada pela Constituição não é uma postura de indiferença, mas de tolerância. Como ao sistema jurídico é absolutamente indiferente a fé católica ou a fé protestante, todas serão igualmente respeitadas pelo direito. Idêntica proteção será conferida àqueles que não professem fé alguma (agnóstico) ou mesmo se oponham peremptoriamente à noção de divindade (ateu).

Pois bem, mas por que tudo isso é relevante para analisar criticamente o contexto de importação das decisões estruturais? Estamos chegando lá.

Recapitulando: para Luhmann, os sistemas sociais se reproduzem de maneira autônoma e de acordo com sua própria racionalidade, processando as formas de comunicação do ambiente de acordo com os seus respectivos códigos adversariais. Mesmo quando o estímulo parte de um sistema específico – e já tendo sido matizado pela racionalidade que lhe é inerente –, ele será recepcionado e ‘relido’ pelo código-diferença do sistema receptor daquela comunicação, de modo que a autonomia e a autopoiese dos sistemas não seriam desnaturadas. Afinal, como já mencionado, na teoria luhmanianna os processos autopoieticos são necessariamente simétricos (NEVES, 2018).

Acontece que também Luhmann não pôde escapar aos reflexos do tempo-espaço sobre a construção de sua teoria: o *background* dele era a realidade social

das nações desenvolvidas¹⁰⁵. Daí porque, naturalmente, a sua teoria dos sistemas receberia essa influência e Luhmann, sem nem ao menos se dar conta disso, formulou uma teoria que não explicava tudo, mas “apenas” a realidade daqueles países tradicionais e suas instituições seculares.

Quem percebeu essa incompletude foi Neves (2018, p. 116):

Pode-se diferenciar esse caso [de assimetriação no momento da legiferação] daquelas situações nas quais o sistema jurídico, *no processo de concretização, é assimetrizado por injunções externas e no plano da orientação normativa*: embora no nível “abstrato” da legiferação o sistema jurídico apresente o traço da positividade (decidibilidade/alterabilidade e autodeterminação), as normas “positivadas” falham no curso da concretização jurídica em sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento e como meio de regulação de conduta.

Ou seja, embora o sistema tenha assegurado a positivação de determinada norma pelo regular processo legislativo, há um bloqueio de concretização que impede a estabilização de expectativas, função primordial do sistema jurídico¹⁰⁶.

Neves (2018) prossegue argumentando que, desde a sua gênese, o processo de “afirmação constitucional” dos países periféricos representou, na verdade, uma descolonização formal que não serviu à afirmação da independência/soberania em relação aos países centrais.

Com efeito,

Na “constitucionalização” dos países periféricos, ao contrário, esvaece a “independência nacional” como reprodução autopoiética do sistema político no interior da respectiva “sociedade regional”, porque a posição e a função subordinadas desta na sociedade mundial e, correspondentemente, a falta

¹⁰⁵ Luhmann nasce na em Luxemburgo em dezembro de 1927, filho de pai alemão e mãe suíça. Em 1944, aos dezessete anos, alista-se nas forças armadas e é feito prisioneiro de guerra durante algum tempo. Essas experiências levam-no a ingressar na faculdade de direito de Freiburg, onde permanecerá de 1946 a 1949, quando “passa a desempenhar a carreira de funcionário público em diferentes repartições governamentais de Hanover” (SILVA, 2016 p. 35). Em 1960, tem a oportunidade de estudar durante um ano em Harvard, com Talcott Parsons. De volta à Alemanha, Luhmann troca a carreira pública pela docência, lecionando durante três anos Universidade de Spyer (1962-1965). Um ano depois, em 1966, obtém o título de doutor na Universidade de Münster e, dois anos mais tarde, torna-se professor na Universidade de Bielefeld. Essa pequena biografia foi feita a partir da leitura de SILVA, 2016 e do breve obituário assinado por HORNUNG, s. d.

¹⁰⁶ A vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. (...) O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outros. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro (LUHMANN, 1983, p. 47)

de pressupostos internos impedem que tal “independência” tenha um significado prático (NEVES, 2018, p. 126)

O que se estabelece, portanto, é um hiato entre a promessa estampada no diploma normativo e aquilo que efetivamente se concretiza a partir desse comando abstrato.

O que a prática constitucional dos países periféricos entrega, dessa maneira, são promessas reluzentes que esbarram em limites intransponíveis (sobretudo econômicos) à sua concretização generalizada, inaugurando constituições que funcionam antes como recurso retórico capaz de blindar os atores políticos de pressões oriundas do corpo social (NEVES, 2011).

O que argumentamos, a partir da crítica de Neves a Luhmann, é que a tentativa de importação das decisões estruturais não pode prescindir da leitura crítica a partir da perspectiva do (pretense) contexto social receptor.

Deveras, se toda tentativa de importação deve(ria) ser precedida de uma análise dessa natureza, no caso das decisões estruturais essa obrigação é redobrada por duas razões evidentes: (i) os direitos transindividuais tutelados por essas decisões constituem promessas constitucionais não concretizadas (direito à saúde, à educação, ao meio ambiente hígido, etc.); e (ii) por definição, as decisões têm um potencial de penetração estrutural elevado e, nesse processo, terão de lidar necessariamente com formas de comunicação oriundas de outros sistemas sociais (o precitado argumento de conveniência-oportunidade próprio do Administrador Público, p. ex.).

Perceber a disparidade entre as sociedades brasileira e norte-americana e, portanto, recusar a importação acrítica das decisões estruturais. Esse é o ponto de virada. Contudo, isso não autoriza a conclusão, noutro extremo, de que esse distanciamento representaria um obstáculo intransponível à aplicabilidade das decisões estruturais em solo brasileiro; significa apenas e tão somente rejeitar a sua aceitação apriorística.

Os aspectos sistêmicos próprios do contexto social brasileiro que devem ser levados em consideração passam a ser analisados na sequência.

4.1 A legitimação normativa, o poder geral de efetivação (arts. 139, IV e 536, §1º, ambos do CPC) e o problema do ativismo judicial

A primeira pergunta que precisa ser respondida é se o ordenamento jurídico confere legitimação para incorporação das decisões estruturais. Ou, melhor desenvolvendo: é preciso primeiro indagar se a legislação processual confere ao magistrado a autonomia necessária para adequar as medidas de concretização à elevada complexidade do direito material discutido. Sim, porque se a tradição do *common law* norte-americano, como já vimos, fez com que essa espécie de decisão surgisse naturalmente da prática pretoriana, a tradição brasileira do *civil law*, parecidos, não pode prescindir de um fundamento de direito positivo.

Naturalmente que, sendo um tema de direito positivo, a análise irá recair obrigatoriamente sobre o que está posto ao tempo em que estas linhas são escritas. A condicionante só interessa se formulada no presente: ou ‘existe’ ou ‘não existe’ o suporte legal necessário, já que uma dupla contingência (se existisse) inviabilizaria a aplicação prática do instituto – ou pelo menos faria desse trabalho uma espécie de argumento de *lege ferenda*. Sendo a resposta positiva, a indagação se desdobra: o fundamento está expresso ou decorre de uma interpretação sistemática dos diplomas legais, por exemplo? Sim, porque, mesmo antes do advento do CPC de 2015, já existiam vozes advogando pela aplicabilidade das decisões estruturais à realidade brasileira, a partir de uma interpretação sistemática de enunciados presentes em legislação processual extravagante.

Nesse sentido, Pinho e Côrtes (2014) sustentavam a possibilidade de utilização das decisões estruturais a partir da conjugação do art. 461 do CPC/1973¹⁰⁷ com a previsão constante nos arts. 96 e 102¹⁰⁸, ambos da Lei nº. 12.529/2011 – que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

¹⁰⁷ Assim dispõe o art. 461, do CPC de 1973: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

¹⁰⁸ Os arts. 96 e 102, da Lei nº. 12.529/2011 estabelecem, respectivamente que: “A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária” e “O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado”.

Arenhart (2013) argumentou de modo mais abrangente: além do fundamento normativo lembrado por Pinho e Côrtes (2014), elencou os arts. 38, VII¹⁰⁹, 52¹¹⁰, 107, §2⁰¹¹¹ e 111¹¹², todos (também) da Lei nº. 12.529/2011; e trouxe diversos precedentes que, em maior ou menor medida – e ainda sob a égide do antigo CPC – , rompiam com o rigor da estrutura decisória que serviria à concretização de determinado direito¹¹³.

Houve, ainda, quem legitimasse a utilização das decisões estruturais sem buscar no sistema um fundamento normativo a ser aplicado por analogia. Alberto e Alberto (2014), nessa toada, defenderam que a justificativa remontava à inafastabilidade da jurisdição, à completude do ordenamento, aos princípios da justificação racional e da legalidade e, sobretudo, ao imperativo racional de que o Judiciário conferisse respostas eficazes para os problemas sociais¹¹⁴.

¹⁰⁹ No termos do art. 38, inciso VII, da Lei nº. 12.529/2011: “Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

¹¹⁰ O art. 52, da Lei nº. 12.529/2011, discorre que: “O cumprimento das decisões do Tribunal 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”.

¹¹¹ Já o art. 107, §2º, da Lei nº. 12.529/2011, dispõe: “O juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor, devendo eventual substituição dar-se na forma estabelecida no contrato social da empresa. (...) § 2º Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o juiz determinará que este assumam a administração total da empresa”.

¹¹² Ainda, o art. 111 da Lei nº. 12.529/2011, estabelece que: “Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”.

¹¹³ Em um dos exemplos citado por Arenhart (2013) a decisão estabeleceu condições e limites para fornecimento de medicamento, extrapolando o pedido da parte interessada; em outro, a decisão condicionou a prática de certos atos com repercussão no meio ambiente à prévia autorização da respectiva entidade responsável pela fiscalização ambiental.

¹¹⁴ “Agora, observe-se o seguinte: em sendo o princípio da inescusabilidade da prestação jurisdicional o apanágio normativo da plenitude hermética do ordenamento – a sua completude – e, avançando, considerando que em seu cerne encontram-se os princípios da justificação racional (argumentação) e legalidade, não parecer haver óbice em lançar a compreensão segundo a qual a decisão judicial que observe fundamentação racional, exponha argumentos que não se apresentem defeituosos (reputam-se defeituosos os argumentos eminentemente subjetivos, falaciosos, logicamente inválidos ou inexequíveis), atenderá ao princípio que lhe encampa, da inafastabilidade do controle jurisdicional. Assim, a despeito de ser tratada e compreendida como decisão estrutural, sobredita manifestação volitiva estatal não invadirá a seara de qualquer outro Poder constituído, vereberando, ao revés, de afronta, congraçamento à democracia que lhe rende azo, legitimando-se enquanto fruto de ação discutida e esgotada, capaz de sanar ponto discordante e aperfeiçoar a estrutura jurídica que viabilizou a sua consecução”. (ALBERTO; ALBERTO, 2014, p. 222)

Se é verdade que essas orientações são todas, em maior ou menor medida, engenhosas, é também verdade que, olhando em retrospecto, seriam incapazes de sustentar em tom peremptório a aplicabilidade das decisões estruturais à prática brasileira. Isso porque, independentemente do fundamento que fosse utilizado, a lacuna normativa no ordenamento processual se encarregaria de sempre lançar dúvidas sobre a aplicabilidade de tais decisões.

Esse obstáculo foi superado, entretanto, com o advento do novo Código de Processo – cujo art. 139, inciso IV, estabelece que ao juiz incumbe 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.

Com efeito, ao estabelecer em termos gerais a atipicidade das medidas executivas, o legislador terminou por regulamentar inequivocamente o fundamento normativo cuja lacuna a doutrina precisava se esforçar sobremaneira para suprir.

Como bem pondera Minami (2015, p. 227), com o advento do art. 139, inciso IV, cai por terra a resistência à aplicabilidade das decisões estruturais por ausência de previsão normativa: “basta considerar os provimentos estruturais como um das medidas de efetivação possíveis”.

Jauris e Belinetti (2017, p. 76) também enxergam no art. 139, inciso IV, do CPC o fundamento normativo de validade das decisões estruturais ao se posicionarem no seguinte sentido:

A doutrina, jurisprudência e legislação brasileira comportam o instituto que – com os poderes atribuídos ao magistrado diante da inserção do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil de 20152 no ordenamento jurídico – passa por grande avanço

Arenhart (2017) também faz menção a esse dispositivo, conjugando-o com o enunciado dos arts. 536 e 537, também do CPC, e com o art. 84 do CDC.

Se o art. 139, inciso IV, do CPC tende a sobressair por sua abertura semântica e pela sua localização no Código, parece-nos parcialmente equivocada (ou incompleta) a análise que remete a aplicabilidade das decisões estruturais “apenas” a ele. Afinal, “a execução para a efetivação das prestações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro é, em princípio, atípica, por força do art. 536, §1º, CPC” (DIDIER JR. et. al., 2017, p. 232).

Como já foi visto, o ideal de efetivação das decisões estruturais se reveste de contornos dialógicos: os interessados ‘constroem’, com maior ou menor interferência do Judiciário, a forma de efetivação do comando aberto anteriormente afirmado. Nessas hipóteses, as providências atípicas afirmadas pelo Juízo remetem ao art. 139, inciso IV, do CPC.

Doutra banda, se por qualquer razão a alternativa do diálogo não lograr êxito e tiver de partir exclusivamente do Judiciário a iniciativa de implementação da decisão, as medidas se aproximam mais do precitado art. 536, §1º, CPC – que regula, de maneira específica, as providências adotadas para conferir efetividade à decisão que reconhece a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer.

Daí porque não apenas o comumente lembrado art. 139, inciso IV, serve de fundamento às decisões estruturais. A base normativa de sustentação é formada pelo entrelaçamento desses dois dispositivos¹¹⁵ (DIDIER JR. et. al., 2017).

Firmada essa premissa, outro aspecto que precisa ser enfrentado nesse processo de importação diz quanto aos efeitos que a amplitude desse poder geral de efetivação ganha no contexto social brasileiro. Sim, porque se defendemos que a análise processual não pode prescindir desse diálogo com o substrato social no qual as normas são positivadas e aplicadas – e se toda abordagem científica guarda compromisso com o momento no qual é pensada –, não podemos esquecer que essa prerrogativa atribuída aos magistrados está inserida em um movimento de ressignificação (e incremento) do protagonismo judicial.

¹¹⁵ Um questionamento importante levantado pelo Professor Francisco Barros diz precisamente quanto à fundamentação normativa das decisões estruturais a partir do art. 139, IV, do CPC: é possível que esse artigo sirva como base legal se regula algo que é externo à decisão propriamente dita (sua forma de cumprimento)? A nossa resposta é afirmativa, sobretudo pelas razões lançadas no corpo da dissertação, mas demanda aqui considerações adicionais, que serão divididas em duas etapas. Especificamente quanto à abertura (mais próxima de uma norma principiológica que de uma regra), o fundamento da decisão estrutural remonta à própria natureza do direito discutido. Nesse sentido, um comando aberto é proferido porque uma condenação específica é mesmo inviável (quando não se sabe exatamente o que precisará ser feito para reparar um dano ambiental, p. ex). Nesse primeiro momento, que buscamos detalhar no capítulo primeiro (e também retomamos no tópico do 3.3.), a abertura decisória – que se concretizará por meio dos provimentos em cascata (ou ciclos de decisão) – característica da decisão estrutural é um imperativo decorrente da própria natureza do direito discutido (daí a importância de, no início, distinguir qual litígio demanda uma decisão dessa natureza). No segundo momento, já na fase de cumprimento – e tendo em vista a necessidade de conferir efetividade àquele comando aberto que fundou a condenação –, é que tem lugar o precitado art. 139, IV, do CPC e todas as consequências detalhadas no corpo da dissertação que guardam relação com a sua incidência. Em síntese, portanto, a base legal para prolação das decisões estruturais guarda relação com a natureza mesma do direito discutido, ao passo em que as medidas de concretização remontam ao art. 139, IV. O que pretendemos defender é que, em se tratando de decisões cujas medidas de concretização demandam necessariamente uma atuação menos rígida do magistrado, essa inovação legislativa serviu para afastar a dúvida (normativa) quanto à possibilidade de aplicação das decisões à realidade brasileira.

Daí porque, pegando de empréstimo as palavras de Fiss (2017, p. 29), importa não olvidar que

(...) Muitas das críticas à reforma estrutural (...) têm como foco aquela característica comum a todas as formas de prestação jurisdicional consistentes em um *injunction*: o fato de que os juízes são investidos de muito poder.

Em outras palavras: para que se possa cogitar da possibilidade de importação das decisões estruturais é preciso, necessariamente, saber se a atual postura ora proativa, ora ativista do Judiciário é capaz, ao menos em tese, de se harmonizar com o instituto – ou se, doutra forma, a incorporação das decisões estruturais poderia comprometer de maneira profunda o nosso equilíbrio institucional.

Quando se trata de ativismo, a primeira dificuldade surge na exata delimitação do conceito. Isso porque, a multiplicidade conceitual deságua em uma imprecisão potencialmente estressante. Nesse sentido, não raras vezes os argumentos se contrapõem contra uma ou outra orientação sem que se perceba que a divergência é, antes, conceitual. Nas palavras de Tassinari (2012, p. 128),

No âmbito da doutrina brasileira, há certa dificuldade de, ao menos, fixar-se um *acordo semântico* do que seja o ativismo judicial, de modo que tal postura acaba revelando-se basicamente como uma exagerada interferência do Judiciário na sociedade (protagonismo judicial) ou, então, termina sendo *aleatoriamente* invocada na tomada de decisões, através de *critérios de conveniência*.

Ampliando mais o espectro de análise, Araújo (2018) argumenta pela multidimensionalidade do conceito a partir da doutrina de Kmiec, que menciona cinco acepções diferentes para a expressão “ativismo judicial”, mas cuja matriz informadora, aquilo que entrelaça quatro das cinco acepções, remonta ao mesmo problema: qual o espectro de autonomia decisória do magistrado? Ou, “quão livremente pode um juiz ou um tribunal fundamentar suas decisões?” (ARAÚJO, 2018, p. 131).

Barroso (2009), por seu turno, utiliza um conceito sistêmico de ativismo, identificando-o em graus, conforme a maior ou menor ingerência do Judiciário na concretização dos valores e garantias fundamentais. O mesmo sentido que lhe conferem Reck e Vicente (2012), inclusive com a mesma remissão à ideia de progressivo fortalecimento do ativismo no cenário global do segundo pós-guerra.

Espíndola (2018, p. 603) atrela o ativismo a uma patologia do sistema jurídico: “o ativismo decorre de um casuísmo que desconsidera que o problema normativo-concreto do juízo não exige só o sentido normativo-jurídico determinando na norma uma adequação problemático-concreta”. Para a autora, o ativismo acontece quando os tribunais preferem um solipsismo subjetivista a um contexto intersubjetivo de fundamentação, em um movimento pernicioso com potencial para vitimar o próprio Judiciário¹¹⁶.

Esse conceito se aproxima daquele defendido por Abboud e Nery Júnior (2016, p. 232), a seguir transcrito e ao qual nos perfilhamos:

Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.

Nesse mesmo sentido, também Schecaria e Struchiner (2016, p. 42), para quem “só é ativista (no sentido polêmico que nos interessa aqui) o juiz que dá prioridade a suas convicções substantivas, em detrimento das regras e procedimentos jurídicos”.

Quando falamos em ativismo judicial, portanto, queremos nos referir às decisões que buscam legitimação não na ordem jurídica posta, mas na dimensão subjetiva (e solipsista) do julgador.

Indagar sobre a possibilidade de importação das decisões estruturais deve levar em consideração precisamente o agigantamento de decisões ativistas, em um contexto constitucional contemporâneo que já se viu próximo de uma ruptura paradigmática na qual o Judiciário, a despeito da enorme responsabilidade política, se comporta “qual o carro de jagrená, perdendo o domínio sobre as circunstâncias e tornando-se vítima de suas próprias obras” (ESPÍNDOLA, 2018, p. 610).

Nessa análise, ganha relevo a discussão sobre o papel dos princípios e das normas que, em razão da sua estrutura normativa, têm uma elevada amplitude. Referimo-nos aos precitados arts. 139, inciso IV e 536, §1º, ambos do CPC.

¹¹⁶ Lembramos, aqui, da menção já feita a Falcão; Arguelhes; Recondo (2017). Com efeito, a situação do Supremo Tribunal Federal pode ser tomada como um exemplo bastante representativo desse movimento de autofagia da autoridade das decisões da Corte. A tensão latente e os recorrentes embates públicos entre os Ministros são acompanhados de decisões que, normalmente recorrendo a normas de caráter principiológico, desautorizam provimentos anteriores exarados monocraticamente por outros Ministros e mesmo pelo Plenário, em uma espécie de movimento autoritário cujo efeito colateral é sempre o desgaste da imagem institucional da Corte.

Pois bem.

A distinção entre princípios e regras não é (nem de longe) novidade. Ao contrário, sobre ela vem se debruçando a doutrina ora com mais, ora com menos profundidade e rigor teórico, mas constantemente com o recurso ao pensamento de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Como bem ponderam Struchiner e Branco (2014, p. 171)

Durante o final da década de 1990 e o início da década de 2000, esse foi o assunto mais badalado da academia brasileira – juntamente com a discussão em torno dos princípios jurídicos. Ronald Dworkin e Robert Alexy eram leitura obrigatória e seus trabalhos eram (e ainda são) efusivamente citados na literatura nacional. O entusiasmo em torno da ponderação de interesses se justificou em boa parte pelo ideal de racionalidade que se costuma associar ao emprego dessa técnica e a consequente redução da arbitrariedade judicial

Dessa maneira, soa quase como uma redundância retomar novamente a clássica distinção entre princípios, enquanto mandados de otimização, e regras, enquanto estruturas normativas que funcionam sob o código do tudo-ou-nada. Primeiro porque, ao que parece, todos os iniciados nas letras jurídicas já a conhecem; segundo porque representaria um parêntesis enfadonho na abordagem ora proposta. O que preocupa, isto sim, é o contexto conflituoso de aplicação dessas normas. Porque, como adverte Neves (2013, p. 95)

Só quando surge a controvérsia sobre a norma a aplicar ao caso, no contexto de um conflito interpessoal concreto ou no âmbito de um controle abstrato de normas, a diferença entre regras e princípios ganha relevância prática e teórica. Portanto, apenas quando se passa para o plano da argumentação jurídica essa distinção pode ser problematizada

Vale dizer, não se trata de distinguir regra e princípio no plano teórico, mas de enfrentar as distorções práticas em torno dessas espécies normativas. De maneira específica – e observando o recorte já traçado alhures –, interessa especificamente indagar sobre o papel que as normas principiológicas desempenham no contexto de fundamentação das decisões.

Isso porque, partindo da advertência de Sarmiento (2006, p. 200),

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e das possibilidades de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta 'euforia' com os princípios abriu

um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser

Joshua Greene utiliza uma analogia interessante para explicar o papel dos princípios na tomada de decisões nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. A metáfora é importada por Struchiner e Hannikainen (2016): imagine-se uma máquina fotográfica moderna e muito sofisticada, que possui diversas configurações pré-programadas. Quando for necessário registrar uma partida de futebol, por exemplo, o fotógrafo pode escolher o modo esporte (*sports mode*) no catálogo de opções do equipamento; da mesma forma, se a intenção for registrar a Baía do Sancho, em Fernando de Noronha, basta que o modo paisagem (*landscape mode*) seja selecionado.

Pode acontecer, no entanto, que o fotógrafo se depare com uma situação que não se encaixe com exatidão aos modos pré-programados pelo fabricante – fotografias de uma partida de futebol à noite, por exemplo. Nesse caso, ele pode escolher o modo manual e configurar a máquina de acordo com as suas necessidades específicas.

Assim,

O direito é como a máquina fotográfica de Greene, arquitetado com um mecanismo pré-programado, isto é, regras claras que podem ser facilmente aplicadas, e, ao mesmo tempo, possuindo um modo manual, isto é, princípios ou *standards* vagos por serem apresentados em uma linguagem moralmente carregada e controvertida. O julgamento jurídico em Estados democráticos e constitucionais contemporâneos, portanto, não é muito diferente da descrição acima. Juízes podem usar regras jurídicas claras para julgar os casos com os quais se deparam, mas enquanto o direito possuir princípios moralmente carregados, parece que os juízes também estão licenciados a utilizá-los para ativar o modo manual. Logo, princípios funcionam como trunfos que podem desabilitar o modo pré-programado do direito. Sempre que o juiz estiver lidando com um caso para o qual o arquiteto do direito não antecipou uma solução e até mesmo quando a solução foi antecipada, mas ao seu ver não parece satisfatória, então ele pode desligar o modo automático invocando um princípio jurídico moralmente carregado. A ideia é a de que, por meio desse desenho, o responsável pela decisão poderá navegar entre a eficiência e a flexibilidade desejadas para o bom funcionamento do direito. (STRUCHINER, HANNIKAINEN, 2016, p. 5)

Acontece que o recurso aos princípios, destravando o modo manual, atrai para o magistrado uma responsabilidade argumentativa mais robusta. Afinal, para

continuar no traçado da analogia, é preciso configurar todas as variáveis que influenciam no resultado final da fotografia.

Com efeito, na maior parte das vezes, as respostas serão dadas com base nos modos pré-programados (regras). Quando o caso concreto apresentar uma especificidade não comportada na regra, ativa-se o *manual mode* e reforça-se o compromisso argumentativo da decisão.

Na prática, contudo, tem-se assistido a um fenômeno de multiplicação do alcance normativo dos princípios, no qual regras são ignoradas ou simplesmente superadas. Vale dizer, ou o intérprete não se preocupa em investigar a existência de uma regra a amparar a sua pretensão, ou simplesmente propõe a sua superação no caso concreto – erigindo um argumento mais ou menos relevante que, no mais das vezes, pode ser reduzido a um juízo subjetivo sobre o ordenamento.

Na prática jurídica brasileira, os princípios, antes de contribuírem para amadurecimento e complexificação, têm fomentado a infantilização do hermenauta. Vale aquilo que ele ‘acha’ justo/correto/adequado. E se não há regra, ou se a regra não se harmoniza com o seu sentimento de justiça/correção/adequação, haverá um princípio a justificar a sua argumentação.

Com efeito, a prática do neoconstitucionalismo brasileiro parece caminhar escoltada por particularistas que “dizem que o importante é alcançar a solução acertada para cada caso, e se as regras são obstáculos nessa direção, então devem ser ignoradas” (STRUCHINER, HANNIKAINEN, 2016, p. 21). Os adeptos dessa corrente, apelidados de Spike Lee, clamam para que se faça a coisa certa (*Do the right thing*) de acordo com cada caso concreto.

O grande problema, no entanto, está na releitura disfuncional dessa teoria particularista. Vale dizer, não apenas o intérprete propõe a superação/inobservância de uma determinada regra, como o faz sem evidenciar de maneira clara as razões que fundamentam sua postura.

Nesse sentido, a aplicação do direito ganha ares de esquizofrenia. Porque o campo de subjetividade passa a ter contornos tão fluidos que a certeza se esvai até da dimensão semântica: em razão da porosidade do texto principiológico, a ausência de exposição dos argumentos não só afasta a possibilidade de controle do raciocínio, como, ao fim e ao cabo, torna incerto para o destinatário do argumento o ponto de fala do orador.

Em termos objetivos: não apenas não se pode controlar o que foi dito porque não está evidenciado no texto, como também porque não se consegue determinar a significação que o orador confere ao princípio. Nesse caso,

(...) O uso do direito no modo manual pode transformar o modelo Spike Lee, do “Do the Right Thing”, no modelo Sinatra, do “I did it my way”, e o meu jeito é não só inconsistente como não tenho a menor ideia dos fatores que estão influenciando essa minha inconsistência (STRUCHINER, HANNIKAINEN, 2016, p. 22)

O que se disse em relação aos princípios vale também para as cláusulas gerais de efetivação das decisões judiciais. Nesse sentido, ao lançar mão da medida atípica necessária a conferir efetividade ao comando decisório, o julgador também atrai para si uma carga argumentativa adicional, a fim de demonstrar por que ‘aquela’ medida (e não outra típica, ou atípica) é a mais pertinente para aquele caso específico.

Não se exige uma exposição exaustiva, complexa, detalhada, mas uma fundamentação suficiente a esclarecer as razões que levaram o julgador a optar por aquela determinada medida em detrimento de tantas outras alternativas. Ao fundamentar, o magistrado não apenas atende ao dever constitucional (art. 93, IX) e legal (art. 11 do CPC), como põe à prova sua decisão em face dos mecanismos de constrangimento que informam o sistema jurídico¹¹⁷.

Se é certo que a preocupação com a fundamentação (não apenas formal, mas também adequada) está na ordem do dia da prática judicial brasileira, em que o recurso a normas de caráter principiológico ganha cada dia mais relevância – e que essa preocupação se adensa ainda mais quando a decisão em comento possui natureza estrutural, dada a sua potencial aptidão para promover transformações em organismos excessivamente burocratizados a fim de incrementar garantia fundamental até então negligenciada; é certo também que essa precaução não pode servir como óbice à importação das decisões estruturais no ordenamento brasileiro. Seria o equivalente prático a, por medo de cair, jamais lançarmo-nos sobre uma bicicleta.

¹¹⁷ Araújo (2018) advoga a existência de três mecanismos de constrangimento *a posteriori* da decisão judicial: (i) constrangimentos interpretativos; (ii) constrangimento representado pelo respeito aos precedentes; e (iii) incrementalismo ou a interpretação constitucional evolutiva.

As ressalvas são cabíveis para que a problemática da fundamentação, sobretudo quando inserida no contexto de empoderamento do Judiciário brasileiro, não seja vista como uma questão de somenos importância.

Sobretudo no contexto do processo estrutural, portanto, em que a atuação do magistrado a fim de conferir efetividade ao comando decisório, senão precedida da ideal construção dialógica da solução a cargo das partes contendoras, reveste-se de contornos propositalmente abertos, o dever de fundamentação ganha ainda mais relevo, como forma de se verificar elementos-chave, tais como exemplificativamente: (i) adequação da medida ao atingimento da finalidade perseguida com a implementação da decisão; (ii) eficácia da providência; (iii) menor onerosidade para a parte que suportará a obrigação, sem descuidar dos interesses que trespasam o processo de implementação da decisão; e (iv) possibilidade de revisão superveniente da medida quando esta se mostrar incapaz de atingir os objetivos idealizados.

O primeiro aspecto, de natureza jurídico-positiva, que nos cumpria analisar nesse processo de importação do instituto se encerra aqui. A etapa seguinte tem contornos distintos (e potencialmente mais complexos). Isso porque entende-se, ainda na esteira do compromisso com o pragmatismo lançado linhas atrás, que uma investigação dessa natureza não poderia deixar de levar em consideração aspectos práticos da estrutural social brasileiro. É a partir daqui que seguiremos agora.

4.2 O entrave pragmático: a corrupção sistêmica, o bloqueio dos processos autônomos de reprodução e a ressalva apriorística oriunda da própria experiência norte-americana

Já discorreremos nesse mesmo capítulo sobre a teoria dos sistemas de Luhmann e sobre a necessidade de matizá-la à periférica realidade brasileira, de modo a tentar compreender, dinamicamente, como as formas de comunicação são processadas por sistemas sociais incapazes de garantir os seus respectivos fechamentos operacionais ante a influência de variáveis externas contundentes.

O que tentaremos fazer, daqui para frente, é entender o papel do processo em tudo isso. Porque uma coisa é clara: os conflitos existirão sempre e o Estado-Juiz, por meio do processo, precisará dar uma resposta ao litígio que lhe é apresentado.

Pois bem, mas qual a dificuldade exatamente? Sim, porque até aqui a problemática talvez possa até ser intuída, mas não está claramente destacada no texto. E se queremos responder é preciso, antes, apresentar aquele que nos parece um ponto bastante delicado da discussão em torno da aplicabilidade das decisões estruturais no direito brasileiro.

Vamos deixar claro o problema. Mas, antes, uma recapitulação breve.

Dissemos logo no primeiro capítulo que a dificuldade, em se tratando de litígios transindividuais de difusão irradiada reside no fato de que o processo se comporta de uma maneira artificialmente simplificadora. Ou, em outras palavras: diante de um litígio de elevadas complexidade e conflituosidade, os atores processuais têm à disposição (praticamente) o mesmo instrumento que serve à resolução de demandas de baixa complexidade. Nossa defesa, linhas acima, foi a de que o processo é muito bem pensado (ao menos dogmaticamente) para oferecer respostas a conflitos individuais, no tradicional modelo adversarial.

Avançamos dizendo que, a partir da experiência norte-americana, as decisões estruturais poderiam ser vistas como uma alternativa para essa espécie de anomia *sui generis*, que existe em virtude não propriamente de uma ausência de regulamentação normativa, mas da constatação de que as regras/princípios/institutos existentes não são capazes de tutelar eficazmente esses precitados litígios de elevada complexidade.

Ocorre que, nesse movimento de importação, lembramos que a sociedade brasileira não é uma fotocópia da sociedade norte-americana e que uma pergunta precisa ser respondida: podemos pensar na importação sem desnaturar nosso próprio sistema?

Normativamente respondemos que sim, já que o novo Código de Processo Civil, ao afirmar cláusulas gerais de efetivação das decisões (arts. 139, inciso IV e 536, §1º), confere suporte à aplicação das medidas estruturais.

O problema (chegamos a ele) é que entre a possibilidade normativo-abstrata e o mundo prático há uma distância tremenda. Se, na trilha das críticas de Neves (2011, *passim*) à teoria dos sistemas, identificamos que o modo de reprodução do direito nos países periféricos ocorre de maneira distinta da dos países desenvolvidos, é necessário indagar se, a despeito de autorização normativa, estamos prontos, enquanto sociedade, para lidar com decisões agressivas o suficiente para afetar nossas próprias estruturas.

Em suma, o que é necessário discutir é se, a ideia de promover reformas que inicialmente não fazem parte das atribuições do Poder Judiciário, não perpetua a imaturidade institucional da sociedade brasileira ao transferir para um Poder pretensamente infalível o papel concretizador que pertence (histórica e conceitualmente) não apenas a outros Poderes – notadamente o Executivo –, mas também à sociedade civil organizada. Não nos tornaremos reféns de uma forma de concretização insegura de direitos a partir da premissa enganosa de infalibilidade do Judiciário – que, por sua vez, se baseia na equivocada premissa de infalibilidade do nosso próprio sistema jurídico de realidade periférica?

Com efeito, em uma sociedade na qual o Judiciário ocupa posição de protagonismo, sobretudo em virtude do descrédito/fragilidade dos outros dois Poderes instituídos (também já exposto alhures), a possibilidade de fazer com que por meio dele sejam concretizadas as promessas constitucionais é tentadora, mas potencialmente perniciosa, porque tende a substituir a conquista e reafirmação de direitos como fruto do amadurecimento social das instituições pela ideia de dependência do Judiciário – como se o caráter cogente das decisões fosse necessário ao progresso dos direitos.

Estaríamos diante de um efeito sistêmico de adaptação¹¹⁸ que acarretaria uma espécie de apassivação dos outros ramos do governo e da sociedade?

Essa é uma perspectiva delicada porque, ao tempo que atenua a responsabilidade dos atores governamentais (do Executivo e do Legislativo) pela insuficiente concretização das garantias constitucionais, subtrai-lhes parcela de interesse em capitanear futuras reformas fora dos autos de um processo judicial.

Afinal, se toda forma de mudança estrutural (ou parte dela) passa a depender da intervenção do Judiciário, que se espere a participação dele para que a dinâmica de reforma tenha início.

Além do mais, e eis aqui outro efeito sistêmico de adaptação, a dependência do Judiciário pode contribuir, fatalmente, para domesticar ainda mais a já docilizada

¹¹⁸ Essa expressão foi utilizada por Struchiner e Shecaria (2016, p. 178), para quem os efeitos sistêmicos de adaptação “ocorrem quando agentes de outros ramos do governo, percebendo os desvios constantes dos juízes, acabam tentando se adaptar da maneira que podem. Isso ocorreria, por exemplo, se uma política pública de vacinação (que poderia prevenir uma doença séria em larga escala) não fosse implementada porque o governo resolveu usar parte do orçamento disponível para financiar um fundo de reserva para pagamento dos caríssimos remédios demandados por um grupo pouco numeroso de litigantes”.

sociedade civil organizada¹¹⁹, retroalimentando a ideia de que o protagonismo das mudanças pressupõe, obrigatoriamente, a intervenção desse Poder no diálogo institucional^{120 121}.

Se em um primeiro momento, portanto, a atuação ativa do Judiciário na concretização de garantias fundamentais, por meio das decisões estruturais, de modo a responder conflitos de elevada complexidade tende a representar um passo importante no processo de superação da dimensão meramente simbólica das garantias constitucionais, a médio prazo pode acarretar uma apatia generalizada dos atores estranhos ao Judiciário – em um processo de dependência do provimento jurisdicional que se retroalimenta de maneira perigosa.

Não se olvide, ainda, que, a despeito da possibilidade de redistribuição do equilíbrio dos deveres e prerrogativas dos Poderes constituídos¹²², o Judiciário, por definição, não pode assumir em definitivo o protagonismo na promoção de políticas públicas por uma série de fatores conjunturais. Desde aspectos financeiros – como, por exemplo, o fato de o Judiciário não participar da elaboração do Orçamento no tocante à divisão das receitas entre os mais diversos programas sociais¹²³ –, passando por óbices de ordem representativa – não se pode jamais esquecer que,

¹¹⁹ Com Gidi (2003, p. 381), lembramos que “diferentemente de, por exemplo, França e Estados Unidos, a sociedade brasileira carece de uma estrutura de associações ou grupos de interesses maduros” (Tradução livre. No original: “*Unlike, say, France and the United States, Brazilian society lacks a structure of mature associations or interest groups*”)

¹²⁰ “Quando a reserva política do Estado não estiver mais consagrada na dinâmica decisória dos representantes do povo, contanto que o povo assuma uma atividade emancipatória, portanto, não se revele mero ícone na estrutura legitimante do poder político, tem-se a preocupante sensação de uma tutela judicial do Estado e não se tem notícia, na história mundial, de um país que tenha superado os desafios socioeconômicos do seu povo a partir dos julgamentos dos seus tribunais”. (LIMA, 2015, p. 216)

¹²¹ É bem verdade que essa ideia de domesticação é pensada como projeção: não se trata de uma consequência natural; não poderíamos afirmar, senão em tom de previsão, que a maximização do Judiciário tenderia a intimidar o protagonismo de atores institucionais/sociais que, tradicionalmente, já não têm figurado como força principal de mudanças. Tome-se, por exemplo, a paradigmática decisão afirmada pelo STF que ampliou o conceito de família para nele incluir também as uniões homoafetivas. Não sendo o caso de discutir o mérito da decisão, o fato é que a decisão judicial preencheu um vácuo normativo representativo do descompasso entre o disposto no art. 226, §3º, da CF e a realidade brasileira – que, rigorosamente falando, deveria ter sido decidido no âmbito legislativo. Nesse sentido, não é sem razão que um das reações à decisão foi a apresentação do Projeto de Lei 6583/201, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), cujo art. 2º propõe justamente excluir as relações homoafetivas do conceito de família – e, portanto, negar-lhes a proteção estatal.

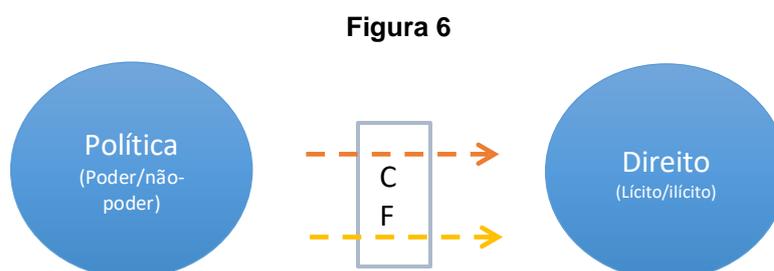
¹²² Fala-se, aqui, quanto à perspectiva abordada em diversos momentos até aqui, sobretudo no tópico 1.3.

¹²³ “A racionalidade das políticas públicas requer a estabilidade das decisões políticas na alocação dos recursos públicos e, principalmente, a manutenção do planejamento administrativo relativo às decisões políticas do gestor, senão a supremacia do existencial pode corporificar um grande obstáculo na eficácia dos direitos sociais”. (LIMA, 2015, p. 213)

ao fim e ao cabo, os magistrados não são submetidos a escrutínio popular, de modo que lhes atribuir, como regra, o poder-dever de concretização de garantias constitucionais por meio das decisões estruturais terminaria por, fatalmente, inverter a lógica do sistema republicano – até dificuldades de ordem gerencial – considerando que, por uma impossibilidade material, o Judiciário não pode apreender tão bem as providências práticas necessárias à concretização de determinada garantia.

Tudo isso ainda precisa ser matizado com o conceito já trabalhado acima de reprodução alopoietica do direito, sobretudo quando levamos em consideração que as decisões estruturais, em razão da amplitude, precisam matizar aspectos que não estão restritos exclusivamente ao universo jurídico.

Desdobremos esse argumento em dois momentos para facilitar o entendimento. Em um esboço simplificado, elaborado a partir de um recorte generoso, o diálogo intersistêmico poderia ser ilustrado da seguinte maneira:



Fonte: Compilação do autor

O que se vê é a perspectiva de Luhmann para o intercâmbio comunicacional entre o direito – enquanto sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto (NEVES, 2011) – e a política, por meio da Constituição, que funciona como acoplamento estrutural^{124 125} dessa relação. As ingerências externas são, no

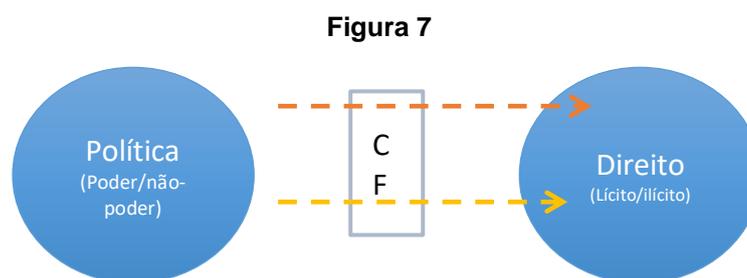
¹²⁴ “A Constituição em sentido especificamente moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. Não se trata aqui apenas de acoplamento operativo como vínculo momentâneo entre operações do sistema e do ambiente. O acoplamento estrutural importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente. A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. Como ‘forma de dois lados’ (*Zwei-Seiten-Form*), inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas. Ao excluir certos ‘ruídos’ intersistêmicos, inclui e fortifica outros. Enquanto para a política é provocadora de irritações, perturbações e

modelo, recepcionadas pelo sistema jurídico, processadas pelo seu próprio código-diferença para, somente então, serem incorporadas ao sistema receptor – isso, claro, na hipótese de a variável política se harmonizar com o universo jurídico.

Nesse sentido, “o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os *fatores* do ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores” (NEVES, 2011, p. 136).

Imaginemos que, a despeito da garantia constitucional de liberdade religiosa, o Presidente da República entenda que a prática da umbanda deve ser proibida. Em um sistema autopoietico, qualquer tentativa de impedimento, oriunda do Executivo, seria rechaçada pelo sistema jurídico, que, ao processar a ação/omissão advinda do sistema político, por seu código-diferença próprio, identificaria que ela não se harmoniza com o sistema jurídico posto.

No cenário alopoietico, contudo, essa “blindagem” do sistema jurídico é atravessada diretamente pelas variáveis ambientais. Para retomar o esboço anterior:



Fonte: Compilação do autor

Na alopoiese, o direito perde a sua capacidade de autorreferência, de modo que “o respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e ambiente” (NEVES, 2011, p. 142)

surpresas jurídicas, para o direito provoca irritações, perturbações e surpresas políticas”. (NEVES, 2016, p. 97 e 98)

¹²⁵ “A partir da acoplagem estrutural entre a política e o direito, enquanto sistemas auto-referenciais, é claro que cada um observa a constituição sob um prisma diferente. Para o sistema político, a constituição é vista como um instrumento político de modificação ou de conservação de situações, ao passo que para o direito ela é entendida como uma lei superior e fundamental. Conseqüentemente, os conceitos utilizados pela constituição podem ser lidos diferentemente pelos sistemas por ela acoplados, tal como ocorre com ‘dignidade da pessoa humana’, ‘livre iniciativa’, ‘povo’, ‘propriedade’, ‘liberdade’, ‘trabalho’ etc.”. (LEITE, 2008, p. 26 e 27)

Ou seja, as influências externas deixam de ser relidas pelo código-diferença próprio do sistema jurídico, abrindo espaço para o surgimento de formas de comunicação apenas com aparência de licitude. Afinal, se nem tudo que é político é necessariamente lícito, a atrofia do sistema jurídico, perante a influência política pode, fatalmente, acarretar uma forma de comunicação oriunda do sistema jurídico e, ainda assim, ilícita.

Para retomar o exemplo anterior: admita-se que, embora não declarando expressamente a impossibilidade de prática da umbanda, os terreiros nos quais a religião é professada passem a ser tributados – em contrapartida à imunidade conferida aos templos das outras religiões. Uma medida dessa natureza somente poderia ser explicada em um contexto social no qual o direito perde sua autonomia operacional e, conseqüentemente, capacidade de regular as expectativas normativas.

Muito bem, mas a pergunta que a essa altura deve pairar é: por que essas considerações são relevantes para a análise das decisões estruturais? O que se pretende advogar é que a alopoiese do sistema jurídico brasileiro – que não acontece de maneira pontual/esporádica, mas, ao revés, de maneira recorrente, comprometendo de maneira generalizada a autonomia operacional do direito –, guarda estreita relação com o conceito de corrupção sistêmica defendido por Neves (2011), e afeta de maneira definitiva a forma como as garantias constitucionais serão concretizadas.

Acontece que, a partir do momento em que o sistema político se sobrepõe ao sistema jurídico, como reflexo do processo endêmico de corrupção que atinge a realidade brasileira, a Constituição deixa de figurar como acoplamento estrutural¹²⁶, passando a funcionar como “mecanismo de bloqueio do direito pelo código-diferença primário da política” (NEVES, 2011, p. 150) e a ostentar natureza simbólica:

Através do discurso constitucionalista, da referência retórica ao texto constitucional, é possível, com êxito maior ou menor, constituir-se perante o público a imagem de um Estado ou um governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais. Trazendo a esse contexto palavras de Luhmann, trata-se de um caso típico de “exploração” do sistema jurídico pela política (NEVES, 2011, p. 151)

¹²⁶ Lembramos que a noção de acoplamento estrutural pressupõe a autonomia operacional de ambos os sistemas.

Pensar a concretização das garantias fundamentais, tratadas até aqui pelo sistema como meros álibis argumentativos, portanto, não pode prescindir dessa leitura crítica do contexto social no qual se pretende, por meio do processo, atuar de maneira potencialmente tão transformadora.

Na medida em que a corrupção generalizada impede, de maneira permanente, a reprodução autorreferente do direito, é de se indagar se o processo judicial de natureza estrutural terá aptidão para atuar nesse contexto de fragilidade institucional, em uma espécie de movimento contrário, no qual uma determinante oriunda do sistema jurídico atua sobre o sistema político.

Essa preocupação é também relevante porque, naturalmente, reflete sobre as instituições que serão atingidas – e, preferencialmente, atuarão conjunta e ativamente no processo de concretização das decisões estruturais.

Assim é que, se no berço das decisões estruturais, tem se verificado um declínio na concessão das *structural injunctions*, é necessário acender a luz de alerta. Pegando de empréstimo as palavras de Bauermann (2017, p. 299),

Nota-se, assim, tendência no sentido de colocar de lado o uso amplo de *structural injunctions* para concretizar direitos constitucionais em razão dos mais variados argumentos, como excessos cometidos por parte do Poder Judiciário, sua inabilidade no desenvolvimento de políticas públicas, custo alto das medidas utilizadas para tanto, legislação restritiva, preconceito com o ativismo judicial, entre outros.

Para termos uma ideia da dimensão que as ações estruturais tomaram nos Estados Unidos a partir do caso *Brown v. Board of education*, no ano de 1994 havia 244 prisões sob a regulação de cortes federais, e inúmeras escolas, casas públicas, força policial, bombeiros e hospitais psiquiátricos continuavam mantidos sob orientação de uma decisão judicial.

Nesse sentido, cabe questionar, desde agora, se teremos maturidade institucional para implementar decisões dessa natureza; e, sendo a resposta positiva, qual a forma mais eficaz de fazê-lo, sobretudo de modo a tentar impedir, tanto quanto possível, que fatores externos ao direito desvirtuem os juízos de valor fundados em aspectos eminentemente jurídicos. É do que trata o tópico seguinte.

4.3 O impasse circular ou o equivalente jurídico ao eterno dilema da anterioridade (o ovo ou a galinha?): a maturidade institucional como pressuposto das decisões estruturais ou como consequência delas?

Em *Nora Webster*, Tóibín (2015, p. 388 e 389) resume e, de certa maneira, harmoniza concepções espirituais diametralmente opostas com um raciocínio tão simples quanto filosoficamente rebuscado. Sigamos com ele:

“Você c-c-conhece o p-p-paradoxo da fé?”, ele perguntou, quando terminou de comer.
 ‘Acho que não.’
 ‘O p-p-padre Moorehouse fez um sermão sobre isso. Só para um g-g-grupo p-p-pequeno, que faz um estudo especial de r-r-religião.’
 ‘E como é?’, perguntou Nora.
 ‘P-p-para acreditar, a pessoa t-t-tem de acreditar’, disse. ‘Se você tem fé, consegue acreditar m-m-mais, só que você não c-c-consegue acreditar, se não c-c-começar a acreditar. Essa p-p-primeira fé é um mistério. É como um d-d-dom. Depois o r-r-resto é r-r-racional, ou p-p-pode ser.’
 ‘Mas isso não pode ser provado’, disse ela. ‘Só se pode sentir.’
 ‘Sim, mas ele d-d-diz que não é uma questão de p-p-provar. Não é c-c-como somar dois mais dois, é mais parecido com pôr luz na á-á-água.’
 ‘Isso parece muito profundo.’
 ‘Não. Na verdade, é simples. Explica as coisas.’
 (...)
 ‘A gente precisa t-t-ter alguma coisa primeiro’, prosseguiu ele. ‘Acho q-q-que é isso que ele está dizendo.’
 ‘E se não tiver?’
 ‘Essa é a posição ateuísta.’”

Queremos acreditar que, até aqui, foram expostos argumentos que dão conta da amplitude da discussão que está por trás da importação das decisões estruturais para o direito brasileiro. Não nos parece, nem de longe, que o raciocínio simplificador sirva ao tema: algo como, “Nos Estados Unidos a decisão estrutural serviu ao combate da segregação racial nas escolas, por que não serviria aqui?”

Porque se é verdade que, na teoria, as decisões estruturais são capazes de operar verdadeiras revoluções, na prática, um tortuoso caminho se estende até a concretização das promessas conceituais – sobretudo quando o contexto de incidência é uma sociedade periférica, marcada por instituições ainda frágeis e, portanto, mais vulneráveis aos perniciosos efeitos da corrupção.

O que queremos dizer com isso é que, se a defesa da aplicabilidade ou inaplicabilidade das decisões estruturais à realidade brasileira não chega a ser uma opção puramente subjetiva – como no mencionado paradoxo da fé –, ela remete bastante a uma opção do intérprete de, a partir de todas as nuances (prós e

contras), escolher o caminho que, ao menos aprioristicamente, parece mais consentâneo com a estrutura social e jurídica brasileira.

Sim, porque se não nos deparamos com uma vedação normativa, o que terminará revelando a opção, portanto, é a resposta à seguinte indagação: a maturidade institucional é um pressuposto das decisões estruturais ou uma consequência delas?

Retornamos a essa pergunta incontáveis vezes, mudamos a perspectiva de enfrentamento, pensamos e repensamos como instituições marcadas por fortes traços de corrupção poderiam lidar com a perspectiva dialógica que informa a construção das decisões estruturais, sem sabotar os compromissos assumidos e os comandos decisórios.

Não se trata de uma resposta definitiva, mas ao tempo em que essas linhas são escritas, parece que a conclusão caminha no sentido de afirmar a prescindibilidade da plena maturidade institucional como pressuposto para aplicação das decisões estruturais no ordenamento brasileiro.

A conclusão dialoga, direta ou indiretamente, com todas as nuances discutidas até aqui, mas dois aspectos merecem destaque: (i) se é verdade que a timidez dos outros Poderes republicanos transfere ao Judiciário um protagonismo *sui generis*¹²⁷, é também verdade que isso, ao fim e ao cabo, não pode servir de escusa para que garantias fundamentais continuem a ser experimentadas na realidade como meros relicários; portanto, (ii) se a preocupação última precisa ser a de implementar direitos esquecidos, que façamos da maneira mais efetiva e responsável possível.

É precisamente nessa difícil equação que a decisão estrutural se insere como fator de mudança, como uma possibilidade, ao menos do ponto de vista abstrato, de agir sobre essa complexa realidade e reordená-la de maneira coerente.

¹²⁷ Nesse contexto, não deixa de ser sintomático o pronunciamento do Presidente do Supremo Tribunal Federal em recente evento público promovido pela Fundação Getúlio Vargas. Ao discorrer sobre o atual momento institucional brasileiro, Dias Toffoli foi taxativo e, tomando como ponto de fala a discussão, eminentemente política, da carga tributária incidente sobre o frete, afirmou: "por que uma discussão de frete vai parar no STF e o Supremo que tem que decidir se o valor vai ser este ou aquele, ou se o valor está correto ou não está? Isso é o fracasso das instituições brasileiras. E daí tudo cai nos nossos ombros. E aí tudo cai na nossa responsabilidade. E aí, para o bem ou para o mal, nós somos responsabilizados". Nota construída a partir da notícia disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/03/29/se-tudo-vai-parar-no-stf-e-o-fracasso-das-outras-instituicoes-diz-toffoli-em-sp.ghml>. Acesso em: 29 mar. 2019.

A lógica que reputamos defensável, portanto, é a que confere às decisões estruturais um viés eminentemente pragmático: longe de representar a solução de todos os problemas que tradicionalmente acometem a sociedade periférica brasileira, ela significa, desde que aplicada de maneira coerente e racional, uma forma legítima de promover mudanças sociais de grande envergadura.

Concluimos de maneira positiva a pergunta que justificou esse longo apanhado de razões que constitui o presente capítulo – se podíamos cogitar da importação do instituto para a nossa realidade. Sendo assim, o que nos resta antes de encerrar de vez nossa abordagem, é enfrentar questões de ordem prática, de modo a esclarecer o que significa uma aplicação coerente e racional da decisão estrutural à realidade brasileira.

5 DA TEORIA PARA A PRÁTICA: O QUE JÁ FOI VISTO NO BRASIL PODE SER VISTO COMO ESTRUTURAL?

Não é incomum que uma distância significativa separe o que deve ser e o que de fato é. Ou, em outras palavras (e com recurso à expressão popular): na prática, muitas vezes, a teoria é outra. Sem que interessem propriamente as razões – mesmo porque, de certa forma, já sugerimos algumas nos capítulos anteriores –, resta-nos, antes de encerrar a abordagem, identificar se o que temos visto no Brasil, sobretudo (mas não apenas) pela atuação do STF pode ser conceituado como decisão estrutural. E, em sendo afirmativa a resposta para esse primeiro ponto, quais os reflexos práticos dessa atuação jurisdicional.

5.1 O caso da Raposa Serra do Sol, a justiça de transição e o dia depois de amanhã

O primeiro caso lembrado pela doutrina (JOBIM, 2013) é o da Ação Popular tombada sob o nº 3.388/RR, em que o Plenário do STF considerou válidos a portaria e o decreto presidencial que homologaram a demarcação da reserva Indígena Raposa Serra do Sol. O ineditismo ficou por conta, no entanto, das 19 (dezenove) ressalvas¹²⁸ – nascidas a partir da análise das 18 (dezoito) condicionantes¹²⁹

¹²⁸ Eis a relação delas: 1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe 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;

6 – 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;

7 – 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;

propostas pelo então Relator, Ministro Menezes Direito, com a finalidade de “regular a situação nos territórios da União ocupados por índios, e garantir a soberania nacional sobre as terras demarcadas”¹³⁰.

Além disso, as providências necessárias à execução da decisão, que deveriam ser adotadas imediatamente, seriam delegadas ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a supervisão do Ministro Ayres Britto.

Ao reconhecer a constitucionalidade do modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (LAGES; ASSIS, 2015) – e, portanto, afastar a possibilidade de presença de não-índios na região –, a decisão serviria para colocar um ponto final na tensão entre índios, comerciantes e rizicultores (SILVA, 2018).

Ao mesmo tempo,

8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 - O 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, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;

11 – 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;

12 – 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;

13 – 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;

14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;

15 – 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;

16 - As terras sob ocupação e posse 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 Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

¹²⁹ “Segundo argumentação constante nos votos do julgamento em tela, as referidas condicionantes seriam estipuladas com fim declaratório, no intuito de balizar as demarcações de terras indígenas, com base na exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis, assegurada a interpretação conforme” (SOUZA, 2014, p. 523)

¹³⁰ Citação pinçada do site do próprio STF: Notícias do STF, 19 mar. 2009, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>. Acesso em: 03 jul. 2019.

Ao determinar essas condicionalidades, o voto dos ministros revelou uma preocupação com tópicos como a manutenção da soberania nacional, especialmente no que se refere à defesa territorial na faixa de fronteira internacional e à garantia do acesso das FA e da PF na área, de forma a garantir os interesses defendidos pela PDN (SILVA, 2012, p. 145)

Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2017, p. 54) sublinham que esse caso é emblemático, também, por estabelecer, através das ressalvas, um regime de transição “entre a situação anterior e aquela que se busca implantar”.

Se por um lado é verdade que a decisão cumpriu o papel de romper com a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo no tocante à solução do processo administrativo de demarcação do território indígena (efeito de desbloqueio), bem como contribuiu para dar publicidade e sediar a discussão no plano constitucional (efeito de enquadramento); por outro lado, deixou de estabelecer mecanismos capazes de fomentar a efetiva colaboração entre os agentes interessados¹³¹ e, tampouco, contribuiu para a elaboração de uma política nacional de longo prazo para a população indígena¹³² (SOUZA, 2014).

Nesse sentido, inevitável a conclusão de que, embora a decisão possa ser conceituada como estrutural, por haver sido proferida em um contexto processual

¹³¹ Souza (2017) utiliza, ainda, o conceito de superposições institucionais para lembrar que, nesse espaço deixado pela decisão proferida pelo STF, passaram a ecoar manifestações/providências que caminham precisamente na contramão do progresso afirmado pela Corte. O autor, à época da elaboração do artigo, citou a PEC 215/2000 – que, a despeito da morosa tramitação, ainda continua viva na Câmara dos Deputados, conforme dados disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. A isso podemos acrescentar como expressão desse atrito (inter)institucional: (i) a “reedição” da Portaria AGU 303/2012, que estendia a condicionantes fixadas pelo STF apenas para o caso concreto, por meio do Parecer 001/2017 da AGU; (ii) a MP 886/2019, por meio da qual a responsabilidade pela demarcação das terras indígenas é (novamente) transferida da FUNAI para o Ministério da Agricultura, cujos efeitos, ao tempo da elaboração destas linhas, foram suspensos por decisão do Ministro Luís Roberto Barroso; (iii) as sucessivas declarações oficiais do Presidente da República que argumentam pela necessidade de rever a demarcação com base em imperativos de ordem financeira (p. ex., <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,voce-tem-como-explorar-diz-bolsonaro-sobre-raposa-serra-do-sol,70002649583>. Acesso em: 06 jul. 2019), ou simplesmente a partir de estereótipos inconsequentes (p. ex., <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/dez-anos-apos-vitoria-no-stf-indigenas-se-preparam-para-enfrentar-bolsonaro-em-rr.shtml>, acesso em 06 jul. 2019, que retoma os argumentos utilizados pelo Presidente, de que “a Raposa e outras terras indígenas são ‘zoológicos humanos’, onde os indígenas vivem na ‘idade da pedra’ (...), além de representar uma ameaça à soberania nacional”).

¹³² “Na maioria das aldeias não há energia elétrica ou água encanada. As poucas que possuem luz e água dependem de geradores de energia e bombas d’água, mas com custo e manutenção caras as máquinas nem sempre são acessíveis aos nativos.

A saída de cubanos do programa Mais Médicos também agravou a situação dos índios. Atendida pelo Distrito Sanitário Indígena Leste (Dsei-Leste), a área tinha os cubanos ocupando 90% do quadro de médicos e acabou desassistida com saída dos estrangeiros” (excerto pinçado da reportagem feita pelo site G1 em retrospecto aos dez anos de conclusão do julgamento, disponível em <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2019/01/31/raposa-serra-do-sol-indios-produzem-mas-faltam-medicos-e-infraestrutura-apos-10-anos.ghtml>. Acesso em: 07 jul. 2019)

multifacetado (com diversos interessados participando no processo¹³³), com contornos abertos que não observam a rígida limitação dos pedidos iniciais, no que concerne às medidas de concretização das garantias fundamentais dos indígenas, a decisão foi incapaz de agir sobre a realidade de maneira profunda e permanente, a fim de concretizar direitos que já deveriam ter-lhe sido assegurados.

5.2 O Mandado de Injunção 708, o direito de greve dos servidores públicos e as condicionantes de aplicabilidade

Outro precedente invocado pela doutrina (JOBIM, 2013) como exemplo de decisão estrutural é o MI 708, no qual o STF discutiu o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, ante a lacuna deixada pela inércia do legislador na regulamentação dessa garantia fundamental constante no art. 37, inciso VII, da CF.

Sabe-se que a Constituição assegurou o direito de greve aos servidores públicos civis, mas condicionou o exercício desse direito à lei ordinária¹³⁴ superveniente, que nunca foi editada. Daí porque, passados mais de quinze anos da promulgação da CF, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa impetra mandado de injunção para contornar os prejuízos que a inércia do Legislativo vinha causando para os servidores.

O Relator, Ministro Gilmar Mendes, votou pela aplicabilidade também aos servidores públicos da Lei nº. 7.783/88, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada¹³⁵. Mas foi o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandovski que deu um passo além e condicionou o direito de greve dos servidores públicos civis à observância de 16 (dezesseis) diretrizes:

¹³³ No *site* do STF, em consulta específica ao processo (PET 3388), é possível verificar que, entre tantos assistentes cadastrados estão as Comunidades Indígena Socó, Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai. Ademais, “os pedidos de audiências particulares com os ministros do STF significam que as lideranças indígenas, da mesma forma que os autores da ação popular, conheciam certos costumes do *métier*” (LAGES; ASSIS, 2015, p. 14)

¹³⁴ Na redação originária, a Constituição previa que a matéria seria regulada por Lei Complementar. Em 1996, com a EC 19, a redação do inciso VII do art. 37 foi modificada – e onde antes constava “lei complementar” passou a constar “lei específica”.

¹³⁵ Na página 28 do voto é possível encontrar a seguinte conclusão: “Em síntese, considerada a omissão legislativa alegada na espécie, voto, preliminarmente, pelo conhecimento do Mandado de Injunção. No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de o que se aplique a Lei n 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos”, inteiro teor disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/MI-708-Voto-Gilmar-Mendes.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

- 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, assembléia geral para deliberar sobre as reivindicações da categoria e sobre a paralisação, antes de sua 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 constringer os direitos e garantias fundamentais de outrem;
- 9) é vedado à Administração adotar meios para constringer 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 do 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

Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2017) assinalam que esse seria um exemplo de decisão estrutural sem, no entanto, especificar propriamente a razão. Rigorosamente falando, justificam a menção a esse precedente como exemplo de decisão estrutural remetendo apenas à natureza integradora da decisão – que, suprindo a omissão do legislador, garante o direito dos servidores públicos pela aplicação analógica do regramento que servia então apenas aos trabalhadores da

iniciativa privada. Em outras palavras, o que dizem é que o caráter estrutural adviria dessa própria aplicação analógica.

Jobim (2013) aprofunda um pouco o tratamento da matéria ao enxergar nas condicionantes apresentadas pelo Ministro Lewandovski exemplos de medidas estruturantes, sobretudo a recomendação de número 10, “na qual se veda à administração que se utilize de qualquer meio de constrangimento para obrigar o servidor a retornar ao trabalho” (2017, p. 171). Nesse sentido, “essa recomendação é um típico caso de medida estruturante, ou seja, a própria Corte Superior, dotada de *imperium*, ordena que seja realizada a paralisação dessa forma de opressão” (2017, p. 171).

Com todas as vênias, mas somos obrigados a discordar. Não enxergamos nesse caso um exemplo de decisão estrutural.

Isso porque a decisão foi proferida no modelo verticalizado tradicional, observando o pedido formulado de maneira clara pela parte impetrante, com uma conclusão que deixa pouca abertura no processo de concretização. Nesse sentido, faltam à decisão os atributos detalhados no capítulo 3, que parecem inerentes ao conceito de decisão estrutural: horizontalidade, contexto processual de final aberto e atuação criativa do Judiciário na concretização do comando decisório.

A questão pode ser posta também da seguinte forma: que provimentos em cascata serão necessários para conferir efetividade à decisão? A resposta há de ser negativa, porque a dinâmica de cumprimento consiste apenas na indagação: a Lei nº. 7.883/89 está ou não sendo aplicada por analogia?

Pelo raciocínio de Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2017) toda decisão criativa proferida pelo STF em sede de mandado de injunção ostentaria natureza estrutural – o que, por óbvio, não se pode concordar.

Tampouco podemos anuir com a ponderação de Jobim (2013), no sentido de que as condicionantes apresentadas pelo Ministro Lewandovski confeririam o caráter estrutural à decisão. A razão é muito simples: todas, absolutamente todas as condicionantes são, na verdade, reproduções de enunciados da própria Lei nº. 7.883/89¹³⁶, com as adaptações semânticas pertinentes ao contexto do serviço público.

¹³⁶ As condicionantes correspondem, respectivamente, aos seguintes dispositivos (todos da Lei 7.883/89): art. 2º; art. 3º; art. 3º, parágrafo único; art. 4º, caput; art. 4º, §1º; art. 5º; art. 6º; art. 6º, §1º; art. 6º, §2º; art. 6º, §3º; art. 7º, parágrafo único; art. 14; art. 11; art. 12; art. 13; art. 15-A.

Ou seja, as condicionantes – inclusive a citada expressamente por Jobim (2013) para justificar o caráter estrutural da decisão – representam, na verdade, a reafirmação de que, na ausência de lei específica, aplica-se por analogia a Lei nº. 7.883/89.

Assim é que, caracterizar de estrutural a decisão apenas a partir desse fundamento importaria em incorrer no mesmo equívoco do raciocínio de Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2017), ou seja, o de que o simples fato de o mandado de injunção promover a integração de determinada lacuna do ordenamento importaria em uma decisão estrutural.

5.3 A ADPF 378, o rito do *impeachment* e as diretrizes interpretativas: porque nem tudo é estrutural

O ano era 2015. A então Presidente Dilma Rousseff fora reeleita no ano anterior com margem apertada de votos e, cada vez mais isolada politicamente, claudicava à frente de um país com a economia mais e mais fragilizada. O pedido de *impeachment* aceito no dia 02 de dezembro, assinado por Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal, era o mais robusto apresentado até então e fazia ressoar a voz de uma oposição cada vez mais aguerrida.

No dia imediatamente seguinte, o Partido Comunista do Brasil ajuíza a ADPF, que viria a ser tombada sob o nº. 378, na qual discutia a validade de dispositivos da Lei nº. 1.079/1950, que regulamentava o processo de *impeachment*¹³⁷ e na qual o STF firmou entendimento no sentido de que: (i) a Câmara dos Deputados apenas dá a autorização para a abertura do processo de *impeachment*; (ii) cabe ao Senado, por maioria simples, o juízo inicial acerca da instalação ou não do procedimento; (iii) a

¹³⁷ Especificamente: “Em resumo, a pretensão objetiva que esta Corte reconheça a não recepção de diversos dispositivos da Lei no 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o seu processo de julgamento, bem como reconheça a recepção de outras regras da referida lei, e ainda proceda à interpretação conforme à Constituição de preceitos também ali contidos, além de suprir lacunas na regulamentação respectiva (...) Sustenta, em síntese: a necessidade de defesa prévia em todas as fases do processo; o afastamento da aplicação do regimento interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no rito delimitado pela Lei; o reconhecimento de que a defesa deva participar por último de todas as fases instrutórias; a incompatibilidade com a atual Constituição da previsão que permite à Câmara funcionar como tribunal de acusação; o reconhecimento de que o afastamento do Presidente só ocorre após a instauração do processo pelo Senado Federal; e que, durante o julgamento, os Senadores não poderiam exercer, simultaneamente, a função acusatória e a julgadora”. Trecho extraído do Relatório elaborado pelo Ministro Edson Fachin. A íntegra do acórdão pode ser consultada em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308870644&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jul. de 2019.

votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta; e (iv) o afastamento de presidente da República ocorre apenas se o Senado abrir o processo¹³⁸.

A conclusão é conhecida por todos: com as diretrizes interpretativas estabelecidas pelo STF, o rito do *impeachment* foi retomado e, em 31 de agosto de 2016, por 61 votos a 20, o Senado concluiu pelo impedimento e consequente afastamento definitivo da eleita Dilma Rousseff do cargo de Presidente da República, que passou a ser exercido pelo até então vice, Michel Temer.

Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2017) sugerem que essa decisão também pode ser vista como um exemplo de decisão estrutural sem, no entanto, detalharem as razões de tal conclusão. Os autores fazem apenas remissão ao resultado do julgamento, com as diretrizes interpretativas estabelecidas pelo acórdão.

Novamente, aqui, ousaremos discordar.

Como já tivemos oportunidade de detalhar anteriormente, sobretudo no terceiro capítulo, decisões estruturais possuem caracteres muito específicos. O simples fato de uma decisão estabelecer nortes interpretativos mais ou menos detalhados não significa que é possível conceituá-la, automaticamente, como decisão estrutural. Do contrário, toda decisão em que o STF realizar uma releitura de dispositivo legal para alinhá-lo à Constituição importaria em uma decisão estrutural – o que, definitivamente, não é o caso.

O único traço que poderia justificar a aproximação da decisão proferida pelo STF na ADPF 378 de uma decisão estrutural seria a abertura à participação direta dos interessados na discussão, considerando o ingresso de diversas entidades na condição de *amicus curiae*¹³⁹. Afora isso, não conseguimos enxergar aproximações:

¹³⁸ A (síntese) da conclusão foi extraída do próprio site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306614&caixaBusca=N>. Acesso em: 10 jul. 2019. A conclusão detalhada a que chegou a Suprema Corte, com análise detalhada de cada um dos pedidos formulados pelo Requerente, pode ser encontrada, naturalmente, no inteiro teor do acórdão, no endereço eletrônico mencionado na nota imediatamente anterior.

¹³⁹ Rigorosamente falando, mesmo esse traço poderia ser questionado em uma análise mais detalhada. Isso porque dos nove ingressos na condição de *amicus curiae*, apenas um deles era estranho ao Congresso Nacional (União Nacional dos Estudantes – UNE), ao passo que todos os outros integram a bancada dos partidos com representantes eleitos (PSDB, DEM, PT, PSOL, PP, REDE SUSTENTABILIDADE, SOLIDARIEDADE e PSD). Além disso, pela rapidez com que o processo se desenrolou (entre o ajuizamento e o julgamento do mérito da ADPF transcorreram catorze dias), é de se supor a impossibilidade de participação desses atores na construção da decisão.

não se discutia a concretização de uma determinada garantia fundamental¹⁴⁰ (ou um novo arranjo institucional visando eliminar burocracias/omissões relacionadas a uma garantia específica); o acórdão não tinha sua concretização projetada para o futuro na forma de provimentos em cascata (ou ciclos de decisão)¹⁴¹; também não se estava diante de atividade criativa dos Julgadores, no moldes inerentes aos pronunciamentos estruturais, mas de exercício interpretativo à luz das garantias constitucionais processuais.

Guardando todas as vênias pertinentes, parece-nos ter havido uma confusão no sentido de estrutura que informa essa espécie de decisão. Com efeito, estrutural não é toda decisão que estabeleça diretrizes interpretativas (do contrário, todo julgamento que resulte em uma interpretação conforme a Constituição o seria em alguma medida), ou mesmo que tenha efeitos sobre todos, mas uma decisão que reúna os atributos detalhados ao longo do presente trabalho e mencionados (em retomada) no presente capítulo.

5.4 O problema da educação infantil no Município de São Paulo: de um extremo a outro em apenas uma instância¹⁴²

Em 05 de setembro de 2008 cinco entidades¹⁴³ integrantes do “Movimento Creche para Todos” ajuizaram Ação Civil Pública contra o Município de São Paulo com o objetivo de compelir o ente público a propiciar o acesso de 736 (setecentos e trinta e seis) crianças à educação infantil, além de ampliar a oferta de vagas por meio da construção de unidades suficientes ao atendimento de toda a demanda cadastrada.

O processo foi extinto, sem resolução do mérito, logo após a manifestação do Município sobre o pedido de tutela antecipada, ao argumento de que não caberia ao

¹⁴⁰ Discutia-se, isto sim, questão eminentemente constitucional, inerente ao modelo democrático de representação do país, mas não uma garantia fundamental que não havia sido concretizada no mundo dos fatos.

¹⁴¹ O que se tinha era uma decisão que estabelecia diretrizes procedimentais a serem observadas ao tempo da prática de cada ato, mas que prescindiriam por completo de nova atuação jurisdicional.

¹⁴² Faremos referência ao Proc. 0150735-64.2008.8.26.0002, que tramita em autos físicos e teve o segredo de justiça levantado recentemente. As informações aqui elencadas foram pinçadas do acórdão, da análise de caso feita por Santos (2017) e das informações constantes na consulta processual do TJSP.

¹⁴³ São elas: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene

Judiciário invadir o âmbito de discricionariedade do Poder Executivo – decisão anulada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2009.

De volta à primeira instância, o processo foi parcialmente extinto sem resolução do mérito – no tocante às 736 (setecentos e trinta e seis) crianças que, àquela altura, já haviam conseguido atendimento – e quanto aos demais pedidos, julgado improcedente.

Nova apelação devolveu ao TJSP o exame da matéria e, a partir daí, a discussão tomou um caminho diferente do tradicional.

Primeiro porque, em 29 de abril de 2013, o julgamento foi convertido em diligência e os autos foram remetidos para o Setor de Conciliação em Segundo Grau para abrir um novo canal de diálogo entre as partes.

Essa determinação não se concretizou de imediato porque, em novo julgamento motivado por embargos de declaração, a Câmara Especial do TJSP reconsiderou a decisão anterior para determinar a realização de uma audiência pública a fim de permitir o aprofundamento da problemática efetivamente experimentada no modelo de educação infantil do Município.

O argumento do Desembargador Relator foi o de que

Desde a inicial, já se apontava para diferenças significativas entre o número de vagas oferecidas e as efetivas demandas, nas diversas regiões administrativas da capital e isso somado à decisão da Justiça do Trabalho e ao sempre crescente número de ações sobre o mesmo tema, justifica uma forma mais audaciosa e inovadora de se enfrentar a questão com a possibilidade de coleta de dados e informações mais precisas, que possam, no futuro, nortear decisões, caso não haja acordo ou termo de ajustamento de conduta a respeito. (SÃO PAULO, 2013, p. 4)

A audácia não foi pequena: entre os dias 29 e 30 de agosto de 2013 o TJSP conferiria voz não apenas às autoridades públicas, mas aos membros da sociedade que pudessem contribuir para dimensionar de maneira adequada a complexidade da controvérsia, “nos aspectos técnicos, científicos, políticos, administrativos, econômicos e jurídicos” (SÃO PAULO, 2013, p. 4).

A própria decisão indicou alguns nomes:

E nos termos do que consta dos processos, entendo importante ouvir-se: o Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Paulo; o Sr. Secretário Municipal da Educação; o Sr. Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos; o Sr. Secretário Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras; o Sr. Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão; a Defensoria Pública do Estado de São Paulo; representando o GTIEI Grupo de Trabalho

Interinstitucional Sobre Educação Infantil, Dra. Alessandra Gotti; Dr. Rubens Naves e um representante do Grupo de Trabalho Educação da Rede Nossa São Paulo; um integrante do GEDUC Grupo Especial de Educação do Ministério Público do Estado de São Paulo; um representante da Ação Educativa, Assessoria, Pesquisa e Informação; um representante do Instituto de Cidadania Padre Jósimo Tavares; um representante da Casa dos Meninos; um representante do Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; um representante da Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emilio Carlos e Irene; um representante da Associação Comunidade Ativa de Vila Clara; o Presidente da Comissão de Educação, Cultura e Esportes da Câmara Municipal de São Paulo; o especialista Prof. José Marcelino Rezende Pinto, professor de educação da USP, Campus de Ribeirão Preto; o especialista Prof. Zacarias Pereira Borges, pesquisador da UNICAMP; Profa. Dra. Maria Lucia Marcondes Carvalho Vasconcelos; Dra. Maria Helena Guimarães de Castro; sem prejuízo da inclusão, a critério desta relatoria, de outras pessoas ou entidades, que demonstrem conhecimento e interesse sobre o tema (SÃO PAULO, 2013, p. 5 e 6)

Realizada a audiência e sem que alcançado um acordo, a apelação foi julgada por um extenso acórdão de 45 (quarenta e cinco) páginas, no qual a Câmara Especial do TJSP inovaria mais uma vez.

Lembrando o descompromisso do Município de São Paulo com a garantia do acesso à educação infantil¹⁴⁴, o acórdão reformou a sentença de primeira instância para obrigar o ente público (i) a criar, no prazo de 3 (três) anos (2014 a 2016), pelo menos 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e pré-escolas; (ii) a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; (iii) a apresentar, no prazo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades; e (iv) apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação principal.

Além disso, ponderou expressamente o acórdão que esses relatórios seriam monitorados pela Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá fornecer ao Judiciário, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil, Defensoria Pública e Ministério Público, a forma de acompanhamento da execução da decisão.

Por fim, embora não tenha estabelecido as medidas executivas incidentes na hipótese de inadimplemento, o acórdão estabeleceu, na parte final, a possibilidade

¹⁴⁴ “Sabe-se que dezenas de ações civis públicas foram ajuizadas pelo Ministério Público, pela Defensoria e pela sociedade civil, porque a administração de São Paulo insiste em não cumprir as determinações contidas na Carta de 1988, ou seja, nega o direito à educação infantil, querendo sustentar a discricionariedade de sua atuação na suposta, como visto acima, inexistência de áreas para construção de novas escolas”. (SÃO PAULO, 2013 (dez.), p. 34)

de o Juízo determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade.

O Município de São Paulo recorreu dessa decisão (recurso especial e extraordinário) e, mesmo após a celebração de acordo, em setembro de 2017, para construção de 85 (oitenta e cinco) mil vagas em creches¹⁴⁵, não consta nos autos notícia de desistência dos recursos excepcionais.

Se ainda é cedo¹⁴⁶ para comemorar a concretização de uma garantia fundamental até então descuidada pelo ente público, já é possível enaltecer a prolação de uma decisão que se recusou a reduzir artificialmente a complexidade de uma questão que envolve setores e demandas bastante sensíveis. Afinal, como bem recorda Santos (2017, p. 561),

O foco a ser perseguido não é somente a ocorrência do ato ilícito, qual seja, a falta de vagas em creches, mas a condição social e toda a dinâmica burocrática que a provoca, sendo necessário se operacionalizar uma mudança efetiva junto ao Poder Executivo para eliminar a ameaça ao valor constitucional em jogo

Nesse caso, estamos diante de uma decisão de caráter indiscutivelmente estrutural: o que se discutiu foi uma garantia fundamental inobservada pelo ente público; a decisão foi construída com abertura e participação de setores da sociedade afetados pela decisão; o comando decisório foi projetado para o futuro, com indicação expressa de acompanhamentos periódicos sob a supervisão do Judiciário; e as determinações têm o potencial de afetar o processo de concretização da política pública de acesso à educação infantil como um todo, em benefício de titulares do direito que sequer haviam nascido ao tempo da prolação do acórdão.

Sem deixar de observar que “não foi possível estabelecer-se uma verdadeira mediação entre as partes para definir-se a solução do conflito” (SANTOS, 2017, p.

¹⁴⁵ O acordo foi amplamente noticiado na mídia. Dentre todas, citamos a seguinte reportagem: <https://exame.abril.com.br/brasil/sp-faz-acordo-por-mais-matriculas-em-creche-e-reduz-meta-de-2017/>. Acesso em: 15 jul. 2019

¹⁴⁶ Ao reverso, o problema parece ainda longe de uma solução definitiva. Tanto assim que, em junho desse ano, números da Secretaria Municipal de Educação apontavam que havia 333.832 crianças matriculadas em creche, contra 333.922 registradas em dezembro de 2018 (redução nominal de 90 crianças). De acordo com levantamento feito pela Folha de São Paulo, “para realizar o previsto no Termo de Ajustamento de Conduta homologado há dois anos [pelo TJSP], Covas terá que criar mais 35.803 vagas em creches” (disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/gestao-covas-tem-pior-semester-de-criacao-de-vagas-em-creche-desde-2013.shtml>). Acesso em: 15 jul. 2019).

561), considerando que o Município foi ouvido, mas não participou ativamente da definição da solução (obrigação de criar 150 mil novas vagas de educação infantil), pensamos que essa retração pode ser explicada pelo fenômeno já discutido em momento anterior da dissertação, qual seja: o de que o fechamento ao diálogo e a imaturidade institucional não devem servir de justificativa para rechaçar a aplicabilidade do instituto como forma de tentar promover mudanças sociais de grande envergadura.

5.5 A ACP do Carvão: o que acontece em Santa Catarina há mais de duas décadas?

Quando (mais de) 26 (vinte e seis) anos depois, fazemos o *download* dos autos da Ação Civil Pública 93.80.00533-4 (NPU 0000533-73.1993.4.04.7204), ajuizada pelo Ministério Público Federal contra 25 (vinte e cinco) réus (União, Estado de Santa Catarina e outras 23 (vinte e três) mineradoras) em abril de 1993, encontramos uma inicial datilografada e um valor da causa ainda quantificado em Cruzeiro (precisamente Cr\$ 577.024.000,00). Nela, o MPF argumentava que a exploração mineral irresponsável comprometera de 4 a 5 mil hectares de terras dos Municípios onde as minas e usinas estavam sediadas.

Além disso, três bacias hidrográficas da região (Araranguá, Tubarão e Urussanga) haviam sido impactadas por assoreamento e contaminação química, ao passo que os moradores da região começavam a sentir efeitos dos compostos tóxicos diretamente no organismo (os índices de anencefalia eram dez vezes superiores à média tolerada pela literatura médica, por exemplo).

O pedido preferencial feito pelo MPF foi redigido nos exatos termos a seguir:

- a) Compelir as mineradoras e a União Federal a projetar e executar a recuperação da região sul, compreendendo (*sic*) os municípios arrolados no Decreto do PROVIDA-SC de 10/04/91, com início da execução mais tardar em janeiro de 1996 e conclusão até o ano 2000 inclusive, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras complementares que amenizem os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e beneficiamento

O ano 2000 seria importante para o processo. Não nos termos do pedido do Ministério Público, mas porque em janeiro desse ano, o então juiz titular da 1ª. Vara

Federal de Criciúma, prolataria sentença condenatória (com antecipação de tutela), impondo a todos os demandados obrigação de, no prazo de seis meses, apresentar projeto de recuperação ambiental da região, com cronograma de execução para três anos¹⁴⁷.

Além disso – e após sublinhar a severidade da degradação decorrente da exploração irresponsável de minério (a região foi considerada a 14^a. Área Crítica Nacional para efeito de Controle da Poluição e Qualidade Ambiental pelo Decreto 85.206/1980) –, a decisão determinou a reconstituição das áreas que haviam servido de depósito de rejeitos, mineradas a céu aberto e minas abandonadas; a realização de desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água; além de outras obras necessárias a amenizar os danos sofridos pela população dos municípios atingidos.

A sentença foi parcialmente reformada pelo TRF da 4^a Região, mas os termos da condenação – notadamente o caráter prospectivo das medidas a serem adotadas para recuperação do meio ambiente – não foram modificados.

O que foi alterado, com efeito, serviu apenas à delimitação da extensão da responsabilidade dos demandados. Nesse sentido, o Estado de Santa Catarina foi isentado de responsabilidade, por se haver entendido que, à época dos fatos, a competência administrativa em relação às jazidas, minas e demais recursos minerais era privativa da União Federal; um das mineradoras, a Nova Próspera Mineração S/A, também teve a responsabilidade afastada por haver demonstrado que adquiriu a carbonífera após a ocorrência dos danos; por fim, a Terceira Turma do Tribunal afastou a responsabilidade pessoal dos sócios das demandadas, por entender que não restou demonstrado excesso de poderes, abuso de direito ou violação de lei com culpa ou dolo, a justificar as suas condenações.

O cerne da condenação, contudo, manteve-se realmente inalterado. Mesmo porque a Relatora, desembargadora federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, não

¹⁴⁷ Na decisão, em verdade, o magistrado foi mais específico ao afirmar que o plano de recuperação deveria contemplar, ao menos, “todos os itens assinalados no PROVIDA-SC, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e executar dito projeto no prazo de 3 (três) anos, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento” (fls. 1555, p. 72 da sentença). Ao Ministério Público caberia opinar sobre o projeto antes da chancela do Judiciário.

deixou de ratificar a gravidade, a extensão e a urgência de reparar o dano relacionado à atividade mineradora, responsável pela

Contaminação dos rios pelas águas sulfurosas e ácidas, procedentes das minas de galeria e de mineração a céu aberto, dos processos de beneficiamento, dos depósitos de rejeitos (as cinco principais cidades recebem 300.000 metros cúbicos de efluentes líquidos), e a chuva que banha de ácido sulfúrico as plantações afetam diretamente a saúde da população (fls. 2861, p. 10 do voto da Relatora).

A decisão foi novamente desafiada, dessa vez por recursos especiais e extraordinários. Aqueles serviram “apenas para rearranjar a responsabilidade de cada um dos condenados e definir com maior precisão a sua extensão” (ARENHART, 2017a, p. 484); estes foram inteiramente rejeitados.

Com tudo isso, a decisão transitou em julgado apenas em setembro de 2014, mais de 21 (vinte e um) anos depois do ajuizamento da ação. Mas o cumprimento da decisão, no formato de execução provisória, teve início muito antes disso.

Assim é que, já em 2000 (e amparada na antecipação de tutela concedida na sentença), teve início a primeira das quatro fases de cumprimento da decisão, na qual passaram a serem reunidas informações que subsidiariam “a adoção de medidas mais concretas capazes de enfrentar a complexa tarefa da reparação ambiental” (ARENHART, 2017a, p. 486).

A segunda fase, que aconteceu entre os anos de 2004 e 2005, foi marcada pela intervenção crítica do Ministério Público Federal no estabelecimento das medidas de reparação a serem efetivamente adotadas. Por intermédio da sua assessoria técnica e de informações fornecidas pelo Ministério do Meio Ambiente e do Departamento Nacional de Produção Mineral, foi possível apontar equívocos nas informações prestadas pelas demandadas – o que permitiria padronizar, tanto quanto possível, os projetos de reparação a cargo de cada uma delas (ARENHART, 2017a) na fase seguinte.

Com efeito, de 2006 a 2009, o vasto conjunto de elementos técnicos produzido nos autos levou a que os réus fossem de fato obrigados a apresentar projetos de recuperação a partir da padronização indicada pelo MPF. Com isso, o comando decisório abstrato, a partir do qual não se poderia exigir a adoção de nenhuma providência específica, pelas réas, deu lugar a uma série de programas que poderiam não apenas ser exigidos, como fiscalizados (ARENHART, 2017a).

Também nessa terceira fase, foi possível apresentar, consensualmente, uma proposta de indicadores ambientais e plano de monitoramento que restou homologada pelo Juízo, estabelecendo critérios também mensuráveis objetivamente para verificar a qualidade da recuperação ambiental determinada pela sentença¹⁴⁸
149.

Foi também criado o Grupo de Assessoramento Técnico (GTA), formado por representantes das partes, cujas decisões seriam tomadas à unanimidade e serviriam para maximizar os entendimentos de natureza técnica e, por tabela, minimizar os conflitos a serem decididos pelo Juízo (a quem caberia agir apenas se não atingida à unanimidade).

As atribuições do Grupo foram detalhadas na página 6 do primeiro relatório de monitoramento dos indicadores ambientais¹⁵⁰:

- a) integrar os dados de indicadores ambientais coletados pelo SIECESC, pela CPRM e pelas empresas carboníferas;
- b) elaborar relatórios técnicos periódicos, destinados ao Juízo e sujeitos a ampla divulgação, avaliando a evolução dos indicadores ambientais;
- c) propor ações tendentes à plena recuperação ambiental, nos termos previstos na sentença;
- d) propor seqüência de prioridades na execução de ações de recuperação;
- e) propor alterações nos indicadores ambientais, e plano de monitoramento, quando entendê-las necessárias;
- f) responder aos questionamentos do Juízo.

Essas providências permitiram a elaboração de 19 (dezenove) acordos de recuperação, capazes de abranger 73% (setenta e três por cento) das áreas atingidas, que passaram a contar com um cronograma de atividades a ser executado até o ano de 2020 (ARENHART, 2017a).

¹⁴⁸ “São critérios técnicos confiáveis e estáveis para se avaliar o efetivo cumprimento da sentença. Estão contemplados indicadores ambientais para recursos hídricos superficiais, recursos hídricos subterrâneos, cobertura do solo e meio biótico, bem como o respectivo plano de monitoramento destes indicadores. Estão incluídas, também, regras de administração, publicidade, acesso e auditoria no banco de dados dos indicadores ambientais” – excerto pinçado da p. 4 do primeiro relatório de monitoramento dos indicadores ambientais, disponível em: https://alunosatcedu-my.sharepoint.com/personal/ctcl_satc_edu_br/_layouts/15/onedrive.aspx?cid=6c7adf66%2D8650%2D49de%2Dbea7%2D8ac8541d954b&id=%2Fpersonal%2Fctcl%5Fsatc%5Fedu%5Fbr%2FDocuments%2F1%5FRelatorio%5FGTA%20%2D%202007%2FRelatorio%20Sentenca%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fctcl%5Fsatc%5Fedu%5Fbr%2FDocuments%2F1%5FRelatorio%5FGTA%20%2D%202007. Acesso em: 09 jul. 2019.

¹⁴⁹ Exemplificativamente: considerando a sua grande extensão, a bacia carbonífera foi dividida em 18 distritos, com base na distribuição espacial das áreas impactadas, a fim de facilitar a comunicação e o planejamento. Informação constante na p. 5 do relatório mencionado na nota anterior.

¹⁵⁰ Ratificando o mencionado na penúltima nota, a íntegra desse primeiro relatório está hospedada naquele sítio eletrônico e pode ser acessada por qualquer interessado.

A partir de 2010 – ainda antes do trânsito em julgado da decisão, portanto – teve início a quarta fase de cumprimento, na qual se busca conferir efetivação a todas as medidas de recuperação já estabelecidas, por meio do constante monitoramento e, quando necessário, revisão das medidas anteriormente adotadas¹⁵¹.

Foi nessa quarta fase que uma página na internet foi criada, a fim de permitir que qualquer interessado pudesse acompanhar as medidas que vinham sendo adotadas no processo de recuperação da área atingida.

Mesmos sem haver chegado ao fim, é possível afirmar, sem espaço para dúvida, que esse é um caso inequívoco de processo estrutural. Está tudo aí: a discussão que gravita em torno de uma garantia fundamental; a decisão que consubstanciou um comando voltado para o futuro, cujas medidas adotadas na fase de execução serviram a conferir concretude à obrigação abstrata de reparação; as providências construídas pelas partes, tanto quanto possível, e o papel de fiscalização, exercido pelo magistrado, através do GTA; e tudo isso acontecendo de modo dinâmico, sem descuidar da complexidade que reveste o processo de concretização (não à toa o processo tramita há mais de 26 anos), mas também sem deixar que as diversas alternativas e providências a serem adotadas paralitem a reparação a ser concretizada.

¹⁵¹ A última revisão divulgada foi a de número 07 (sete), na qual o MPF reduz a termo a manifestação obtida, por consenso, na reunião do GTA realizada em 16 de novembro de 2015. A íntegra do documento pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: https://alunosatcedu-my.sharepoint.com/personal/ctcl_satc_edu_br/_layouts/15/onedrive.aspx?cid=effe871b%2D7287%2D40f2%2D9c5c%2D125297149614&id=%2Fpersonal%2Fctcl%5Fsatc%5Fedu%5Fbr%2FDocuments%2FCritérios%20Técnicos%2FCritérios%20técnicos%20recuperaçao%20%2D%20revisao%2007%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fctcl%5Fsatc%5Fedu%5Fbr%2FDocuments%2FCritérios%20Técnicos. Acesso em: 09 jul. 2019.

CONCLUSÃO

Em carta ao amigo Alfred Le Poittevis, Flaubert certa vez disse: para que uma coisa seja interessante, basta olhá-la durante muito tempo. Essas páginas (e tudo que as antecederam) demandaram muito tempo para serem escritas e, supomos, também para serem lidas. Que tenham sido capazes de despertar interesse é o que se espera. Antes do ponto final, no entanto, algumas considerações precisam ser feitas em arremate.

Começamos tudo isso a partir de um ponto de apoio simples, o de que o processo tradicional, de contornos bipolarizados, é incapaz de fornecer respostas eficazes a litígios coletivos sobre maneira complexos – e, nesse caminho, endossando a proposta tipológica de Vitorelli, anotamos o conceito de direito coletivo que teria na decisão estrutural uma alternativa, ao menos apriorística, para lograr maior efetividade.

Por isso é que, nos dois capítulos seguintes, buscamos (i) entender qual o contexto de surgimento dessa decisão e (ii) produzir um conceito a partir do qual pudéssemos, pouco mais adiante, problematizar o movimento de importação do instituto e utilizar como referencial para análise de decisões que a doutrina tem classificado como estruturais. Tudo isso a fim de responder o questionamento que deu início à investigação (e sobre o qual nos debruçamos agora): considerando os diferentes substratos jurídicos e sociais da realidade estadunidense e brasileira, é possível cogitar de uma recepção das decisões estruturais sem inaugurar um cenário jurídico permeado de inconsistências, afeito a diálogos institucionais corrompidos desde a gênese ou, quando muito, burocráticos?

Das cinco decisões analisadas no derradeiro capítulo, três têm natureza estrutural, são elas: AP 3.388/RR (caso da Raposa Serra do Sol); ACP 0150735-64.2008.8.26.0002 (caso das creches em São Paulo); e ACP 0000533-73.1993.4.04.7204 (ACP do Carvão, JFSC).

As duas primeiras indicam que a preocupação com a efetividade das decisões estruturais – a partir das limitações fáticas (e institucionais) ventiladas no quarto capítulo – está longe de ser descabida. Ao contrário, a timidez no tocante às medidas de concretização das garantias fundamentais dos indígenas (no caso da ACP 3.388/PR); e a demora e falta de acompanhamento externo das providências necessárias à solução do problema da falta de vaga nas creches (quanto à ACP

0150735-64.2008.8.26.0002), indicam que não se trata apenas de ‘proferir’ um comando decisório de caráter aberto, apto a tutelar direitos coletivos complexos. O verdadeiro desafio está no momento seguinte, de conferir um alcance prático efetivo à decisão.

Do contrário, a garantia jurisdicional será reduzida a um simulacro, à semelhança de uma norma programática longe de ser concretizada. Ou, para retomar a crítica lançada no capítulo quatro, olvidar o problema da efetivação importa em equiparar o comando decisório à legislação-álibi: um apanhado de bonitas palavras que não encontram eco na realidade e, portanto, em nada impactam a vida do destinatário da garantia.

Com efeito, é no momento de transformar o enunciado decisório em vagas nas creches – ou estabelecer pontes de diálogo entre atores institucionais burocratizados, visando ao estabelecimento de uma política de longo prazo de salvaguarda das populações indígenas – que se insere nossa preocupação. Nesse ponto – e a corroborar com o quanto afirmado no item 4.3 – é que a análise da ACP do Carvão ganha destaque.

Um processo iniciado em 1993, no qual se discute delicada reparação ambiental (com reflexo direto na saúde dos moradores dos Municípios afetados pela atividade de mineração), cuja execução se prolonga há anos e, sem qualquer paradoxo, constitui o exemplo mais concreto de decisão estrutural efetiva de que temos notícia no ordenamento brasileiro.

Não se trata, com isso, de negar a preocupação extensamente relatada no quarto capítulo quanto aos entraves sistêmicos à efetividade das medidas estruturais, mas de reafirmá-lo. Sim, porque essa decisão, como um trevo a romper o duro asfalto, mostra que a possibilidade existe, mas os desafios são de fato imensos.

Fazer com que o compromisso com a concretização de determinada garantia adira às paredes da própria instituição (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Associação...), parece-nos, deve estar no centro de um processo estrutural: o compromisso com a efetividade é ‘institucional’, mesmo porque, o mais ou menos extenso movimento de concretização, pressupõe uma estabilidade estranha a qualquer tentativa de personalizar a discussão.

Também não é possível enxergar a efetivação de uma decisão estrutural sem mecanismos de diálogo capazes de, a um só tempo, anular (ou ao menos reduzir) a

controvérsia acerca das medidas que se mostrarem necessárias e construir alternativas específicas para lidar com os entraves de concretização que vierem a surgir no caminho.

Considerando que tudo isso deve ser feito no contexto da realidade periférica brasileira, o papel do magistrado na condução do processo ganha importância. Porque não se trata apenas de decidir, mas de atuar ativamente na construção de pontes de diálogo entre aqueles a quem caberá cumprir o comando decisório. É preciso, portanto, que haja uma iniciativa criativa e permanente de fomentar esse movimento dialógico e, uma vez abertos os canais de comunicação, o magistrado passe a atuar mais à semelhança de um coordenador.

Nesse sentido, a decisão estrutural importa (e demanda) uma ressignificação do papel do processo no âmbito da concretização de direitos coletivos complexos.

A resposta à pergunta que serviu de gatilho a tudo isso, portanto, é a de que é possível cogitar da recepção das decisões estruturais sem inaugurar um cenário jurídico permeado de inconsistências. O que o Judiciário terá de superar, eventualmente, por meio da atividade criativa do magistrado é a apatia de diálogos infrutíferos, mas sem que isso represente um óbice à utilização desse formato de decisão como alternativa para conferir efetividade a direitos coletivos que, por ora, dispõem de um modelo processual incapaz sequer de abarcar toda a complexidade do direito material judicializado.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Processo civil ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ABBOUD, Georges. **Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam**. In: DIDIER JR., Fredie (et. al.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 399 – 405.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. **Decisões estruturais e argumentação**. Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, p. 213 – 237. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>. Acesso em: 14 fev. 2018.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização – a nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ALLEN, Austin. ***Origins of the Dred Scott case: Jacksonian jurisprudence and the Supreme Court***, 1837–1857. Georgia: The University of Georgia Press, 2006.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan/abr. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389 – 410.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir da ACP do carvão**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017^a, p. 475-492.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017^b, p. 423-448.

ASSIS, Machado. **50 contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. n. 13. Madri, 2009, p. 17 – 32.

BARROSO, Luis Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>. Acesso em: 15 out. 17.

BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no direito norte-americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 279 – 301.

BEATTY, P. **O vendido**. Tradução de Rogério Gallindo. 1ª. ed. São Paulo: Todavia, 2017. 320 p.

BINET, Laurent. **Quem matou Roland Barthes?** 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BOSCO, Francisco. **A vítima tem sempre razão? Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro**. São Paulo: Todavia, 2017.

BRASIL, Luiz Antônio de Assis. **Escrever ficção: Um manual de criação literária**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Acórdão. RE 580252. Diário da Justiça Eletrônico. Data da Disponibilização: 08/09/2017. Data da Publicação: 11/09/2017. Número do Diário: 204.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Acórdão. RE 841526. Diário da Justiça Eletrônico. Data da Disponibilização: 29/07/2016. Data da Publicação: 01/08/2016. Número do Diário: 159.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Acórdão. HC 124306. Diário da Justiça Eletrônico. Data da Disponibilização: 29/11/2016. Data da Publicação: 07/12/2016. Número do Diário: 262.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 1787/2017. Proc. 009.253/2015-7. Diário Oficial da União. Data da Disponibilização: 23/08/2017. Data da Publicação: 24/08/2017.

BURNS, Anne M. ***Recursion in Nature, Mathematics and Art***. Disponível em <http://www.mi.sanu.ac.rs/vismath/bridges2005/burns/index.html>. Acesso em: 18 nov. 2017.

CAMARGO, Rodolfo de Mancuso. **Sistema brasileiro de precedentes – natureza, eficácia, operacionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CANDIDO, Antônio. **Literatura e subdesenvolvimento**. In: **A educação pela noite e outros ensaios**. São Paulo: Ática, 1989, p. 140 – 162.

COSTA, H. A; COSTA, A. A. **Os testamentos ignorados de Ovídio Baptista e Calmon de Passos**. Revista de Processo. V. 36, n. 192, p. 419–438, fev., 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. In: DIDIER JR., Fredie. *et al.* **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 383 – 397.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexnadria de. **Notas sobre as decisões estruturais**. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2017, p. 46-64.

DIDIER JR., Fredie et. al. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC**. Revista de Processo, v. 267, mai. 2017, p. 227 – 272.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. v. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ECO, Umberto. **Obra aberta: formas e indeterminação nas poéticas contemporâneas**. 10ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015. *E-book*.

ELLIOT, Anthony; TURNER, Bryan S. **On society**. Cambridge: Polity Press, 2012.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz.** In: STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 19-44.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A teoria da decisão e o homem que confundiu a mulher com um chapéu.** ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 4, n. 2, jul./dez. 2018, p. 595-614.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Plenário. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, julgado em 17 de maio de 1954. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf. Acesso em: 16 set. 2018.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs.). **Onze supremos: o Supremo em 2016.** Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural.** 2015. 213 f. Dissertação. Mestrado em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R-D-MARCELLAPEREIRA_FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 11 abr. 2017

FIORIN, José Luiz. **Argumentação.** São Paulo: Contexto, 2017.

FISS, Owen. **Racial imbalance in the public schools: the constitutional concepts.** Harvard Law Review. v. 78, n. 3, 1965, p. 564 – 617.

FISS, Owen. **The Civil Rights Injunction.** Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. **The forms of justice.** Harvard Law Review. v. 93, n. 1, 1979, p. 1 – 58.

FISS, Owen. **The social and political foundations of adjudication.** Law and Humand Behavior. v. 6, n. 2, 1982, p. 121 – 128.

FISS, Owen. **The Bureaucratization of the Judiciary.** Yale Law Journal. v. 92, 1983, p. 1442 – 1468.

FISS, Owen. **Two Models of Adjudication**. In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William. *How Does the Constitution Secure Rights?* American Enterprise Institute, 1985, p. 36-49.

FISS, Owen. **The allure of individualism**. *Harvard Law Review*. v. 78, n. 5, 1993, p. 965 – 979.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. **The story of an idea**. *Fordham Law Review*. v. 78, p. 1273 – 1280, 2009.

FISS, Owen. **O direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

GIDI, Antônio. Class Actions in Brazil – **A Model for Civil Law Countries**. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, p. 311 – 408.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Breves considerações filosóficas, metodológicas e dogmáticas a respeito do dever de fundamentação no Novo Código de Processo Civil brasileiro**. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 169-198, jan./mar. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Caminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo pra solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 423 – 448.

HOFSTADTER, Douglas. **Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

HORNUNG, Bernd R. *Niklas Luhmann 1927-1998 – Obituary Written for the ISA*. s.d. Disponível em: http://mgterp.freeyellow.com/academic/documents/luh-obit_rc51.pdf. Acesso em: 13 fev. 2019.

HULL, Mary. **Rosa Parks: civil rights leader**. New York: Chelsea House Publishers, 2007.

Jauris, Renata Bolzan; Belinetti, Luiz Fernando. **Medidas estruturantes da decisão e controle judicial de políticas públicas.** In: ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de; GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça I.** Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 69 – 85.

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

Jobim, Marco Félix; Rocha, Marcelo Hugo da. **Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos estruturais.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 563 – 582.

Kelley, Blair Murphy. ***Right to ride: streetcar boycotts and African American citizenship in the era of Plessy v. Ferguson.*** Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2010.

Lages, Anabelle Santos; Assis, Wendell Ficher Teixeira. **A medida do decidir: atuação do STF nos processos de demarcação territorial pós-julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.** Novos Cadernos NAEA, v. 18, n. 3, p. 9-28, set-dez 2015.

Leite, Glaucio Salomão. **A ‘politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, mar./abr./mai. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

Lemle, N. ***How M.C. Escher Transfixed the World with His Mind-Bending Works.*** Artsy.net, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-mc-escher-transfixed-mind-bending-works>. Acesso em: 23 abr. 2018

Lima, Raimundo Márcio Ribeiro. **Inflação de direitos sociais e desafios de sua concretização através das leis e políticas públicas: como a multiplicação dos direitos sociais, numa ambiência de escassez de recursos, representa um verdadeiro obstáculo à racionalidade e economicidade da atuação administrativa.** Revista da AGU, v. 14, n. 04. Brasília - DF. out./dez. 2015, p. 193 – 230.

Lofgren, Charles A. ***The Plessy case: a legal-historical interpretation.*** New York: Oxford University Press, 1987.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Mexico: Editorial Porrúa, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACNEESE, Tim. *Plessy v. Ferguson: separate but equal*. New York: Chelsea House Publishers, 2007a.

MACNEESE, Tim. *Dred Scott v. Sanford*. New York: Chelsea House Publishers, 2007b.

MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MINAMI, M. Y. *Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015 – do processo para além da decisão*. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC doutrina selecionada, v5: execução*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 217 – 231.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, George. *O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto*. Revista brasileira de direito processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, p. 225-254.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules – Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. Em Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PASSOS, José Luiz. **O sonâmbulo amador**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. **As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Processual, volume XIII, 2014, p. 229-258. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>. Acesso em: 09 jan. 2017.

RAMOS, Luciana de Oliveira (coord). Relatório ICJBrasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em: 28 jan. 2018

RECK, Janriê Rodrigues; VICENTE, Jacson Bacin. **Ativismo judicial: uma forma de controle social?** Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 8, no 1, jan-jun 2012, p. 125 – 140.

RODRIGUES, Nelson. **À sombra das chuteiras imortais: crônicas de futebol**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUIZ, Alícia. **Literatura de não-ficção e discurso judicial: as narrativas processuais toleram finais abertos?** ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 3, n. 2, jul./dez. 2017, p. 333-347.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 1ª ed., 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. **Processo Civil de interesse público**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo pra solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 193 – 227.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SANTOS, Heloisa Couto dos. Educação infantil – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 (caso creches – Julgamento em 16 de dezembro de 2013). In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 557 – 562.

SCHWARTZ, Barry. *The paradox of choices: why more is less*. New York: HarperCollins Publishers, 2004.

SCHWARTZ, Barry. **O paradoxo das escolhas**. 2005. (19m34s). Disponível em: https://www.ted.com/talks/barry_schwartz_on_the_paradox_of_choice?language=pt-br. Acesso em: 13 out. 2018.

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016.

SILVA, Cristhian Teófilo da Silva. **A homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e seus efeitos – uma análise performativa das 19 condicionantes do STF**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 33, n. 98, p. 1 – 20, 2018.

SILVA NETO, Fracisco de Barros. **Breves considerações sobre os processos estruturais**. *Civil Procedure Review*, v. 10, n. 1, jan.-abr. 2019, p. 75 – 88.

SILVA, Marcelle Ivie da Costa. **Raposa Serra do Sol: agentes políticos, conflitos e interesses**. 2012, 214 f. Tese. Doutorado em Ciência Política, Universidade Estadual de Campinas.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo pra solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 383 – 396.

SOUZA, Fernando Garcia. **Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954)**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo pra solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 251 – 258.

SOUZA, Rafael Bezerra de. **O ponto cego prático no debate sobre a litigância de direitos socioeconômicos no Brasil: uma abordagem analítica sobre os impactos do caso Raposa Serra do Sol além da sala do Tribunal**. *Mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais: CONPEDI*, 2014, p. 511-520. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c92b26f68689c7af>. Acesso em: 06 jul. 2019.

STRECK, Lenio. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. In: *Revista Sequência*, nº. 54, jul. 2007, p. 29 – 46.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRUCHINER, Noel; BRANCO, Marcelo Santini. **Como os juízes decidem os casos difíceis**. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (org.). **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. 1ª ed. - Rio de Janeiro : PoD: PUC-Rio, 2014, p. 171 – 219.

STRUCHINER, Noel; SHECARIA, Fábio P. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Contraponto, 2016.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. **A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental**. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Struchiner-e-Hannikainen-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação de mestrado em direito apresentada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

THEOHARIS, Jeanne. **The rebellious life of Mrs. Rosa Parks**. Boston: Beacon Press, 2013.

TÓIBÍN, Colm. **Nora Webster**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

THOMAS, Tracy A. **The continued vitality of prophylactic relief**. The review of litigation, vol. 27:1, 2007, p. 113 – 128.

TUSHNET, Mark. **A response to David Landau**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 53 – 62.

VESPAZIANI, Alberto. **O poder da linguagem e as narrativas processuais**. ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 1, n. 1, jan./jun. 2015, p. 69-84.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016.

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

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005, 290 f. Tese. Doutorado em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.