

PROCESSOS ESTRUTURAIS

Litígios estruturais, processos estruturais, medidas estruturantes, decisões estruturais, ações estruturais, técnicas estruturantes, reformas estruturantes e remédios estruturantes são apenas algumas das várias nomenclaturas já utilizadas pela doutrina, em solo brasileiro, para designar um novo modelo de processo que deve ser pensado para que, em especial, os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil possam, pela via do Poder Judiciário, ser concretizados.

Autores brasileiros e estrangeiros se uniram nesta obra que vem ser um verdadeiro marco referencial na matéria, a qual acordamos denominar *Processos Estruturais*.

Os Organizadores



 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

347.9
A727p
3.ed.
2021
Biblioteca

PROCESSOS ESTRUTURAIS

Organizadores
Sérgio Cruz Arenhart
Marco Félix Jobim

Organizadores
Sérgio Cruz Arenhart
Marco Félix Jobim

PROCESSOS ESTRUTURAIS

AUTORES

Ana Carolina Squadri • Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria • André Ribeiro Tosta • Carolina Barros Saraiva • Cesar Henrique Kluge • Christian Delgado Suárez • Desirê Bauermann • Edilson Vitorelli • Felipe Barreto Marçal • Fernanda Costa Vogt • Flávia Pereira Hill • Francisco Antônio de Barros e Silva Neto • Francisco Verbic • Fredie Didier Jr. • Gustavo Cavalcanti Lamêgo • Gustavo Osna • Henrique Alves Pinto • Hermes Zaneti Jr. • Humberto Dalla Bernardina de Pinho • Ingo Wolfgang Sarlet • Jordão Violin • Lara Dourado Mapurunga Pereira • Leandro J. Giannini • Leonardo Silva Nunes • Lucas Cavalcanti da Silva • Luís Henrique Vieira Rodrigues • Luiz Henrique Borges Varella • Marcella Pereira Ferraro • Marcelo Hugo da Rocha • Marco Antonio Rodrigues • Marco Félix Jobim • Mariela Puga • Mark Tushnet • Matheus Souza Galdino • Mauricio Martins Reis • Owen Fiss • Paulo Guilherme Mazini • Pedro Luiz de Andrade Domingos • Rafael Alexandria de Oliveira • Rodrigo Gismondi • Sérgio Cruz Arenhart • Thaís Costa Teixeira Viana • Ulisses Lopes de Souza Junior • Vanessa Mascarenhas de Araújo • Victória Franco Pasqualotto • Viviane Lemes da Rosa

Prefácio

José Maria Tesheiner

3^a edição
revista, atualizada e ampliada

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

FERNANDA COSTA VOGT¹

LARA DOURADO MAPURUNGA PEREIRA²

SUMÁRIO • Introdução; 1 Processos policêntricos ou multipolares; 2 Flexibilidade das técnicas decisórias nos processos estruturais: a gestão do processo pelo juiz; 3 Técnicas decisórias heterodoxas e estratégias para a implementação das decisões estruturais: tentativa, erro e acerto; 3.1 O papel das entidades de infraestrutura específica; 3.2 As sentenças com reserva; 3.3 As sentenças exortativas; 3.4 A função jurisdicional consultiva e as decisões de aconselhamento; Conclusões; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este breve ensaio tem por escopo analisar como os litígios estruturais podem ser melhor geridos pelo juiz. Propõe-se, para tanto, o desapego (i) da rigidez procedimental, presa a fases estanques e pré-ordenadas que não fazem sentido para os litígios estruturais, e (ii) da semelhante rigidez existente nas técnicas decisórias tradicionais, que partiam de uma suposta completude objetiva de todo e qualquer ato decisório e da noção de unicidade da sentença – em outros termos, entendia-se que *decidir* seria enfrentar todas as questões trazidas à Juízo.

Naturalmente, o dever de fundamentação analítica contido no artigo 489, § 1º do CPC³ levaria a crer que a consequência necessária da incom-

1. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
2. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Direito Processual Civil do Centro Universitário 7 de Setembro.
3. Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

pletude da sentença seria a sua nulidade. O que aqui se objetiva expor é que, quando o direito material assim exigir, o juiz pode se valer de técnicas diferenciadas, que não consubstanciam omissões propriamente, mas, por vezes, postergações do conhecimento e da decisão com base nas vicissitudes do caso concreto.

E, como se verá, o específico contexto de progressiva *coletivização* de demandas traz interessante exemplos de implementação de novas técnicas decisórias. Num desastre ambiental, exemplo paradigmático desses conflitos, a coletivização transcende o ato formal de ajuizamento de uma ação civil pública, identificando-se na adoção de técnicas específicas de gestão procedimental, a interferir na tomada de decisão. Nesses casos, rompe-se com a noção tradicional de univocidade da decisão. Em outros termos, a pluralidade de polos processuais e a repercussão estrutural das demandas fazem que determinadas questões possam e devam ser enfrentadas paulatinamente.

Portanto, objetiva-se, por meio deste artigo, expor possibilidades de técnicas decisórias as quais podem ser utilizadas para resolução de demandas relativas a problemas estruturais⁴, especialmente aquelas em que há multipolaridade.

1. PROCESSOS POLICÊNTRICOS OU MULTIPOLARES

Em um contexto de litígios cada vez mais complexos, é importante contextualizar, inicialmente, os assim chamados processos policêntricos ou multipolares.

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

4. “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação).” DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, p. 45-81, mai. 2020, versão eletrônica.

Em resumo, são todos aqueles em que coexistem diversos centros de interesse. Tradicionalmente, o próprio conceito de lide era responsável pela prevalência do princípio da dualidade e da compreensão de que o próprio desenho do procedimento deveria seguir uma lógica bipolar, baseada no antagonismo da demanda de A *versus* B.

É justamente nos processos policêntricos que essa lógica é rompida. Neles, convivem múltiplos interesses, ainda que formalmente possam ser processos ente duas partes. Basta, para tanto, que gerem impactos extra-partes, alcançando a esfera jurídica de terceiros.

A conflituosidade interna entre os interessados (policentria) é uma das facetas da complexidade das demandas multipolares; a outra é a complexidade da matéria de fato e de direito envolvida no litígio⁵. Resta montado, assim, um cenário de despolarização do processo, e, como consequência, de dinamização da cognição⁶.

Exemplo fornecido por Marcela Ferraro é o ajuizamento de ação visando à obtenção de tratamento médico ou ao fornecimento de medicamento essencial ao tratamento de doença rara⁷. Em tal hipótese, pode haver impactos à esfera jurídica de tantos outros terceiros, os quais enfrentam situações semelhantes às tomadas em consideração naquele litígio pontual.

Nesse contexto, também é possível mencionar a ADPF nº 347 e suas implicações. Esta ação, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, intenta o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, cujo funcionamento deficiente e o tratamento degradante conferido aos encarcerados configuram problemas de natureza estrutural. A ação conta com diversos pedidos de natureza cautelar e definitiva, almejando a definição, pelo Supremo Tribunal Federal, de diretrizes para lidar com a questão posta, de modo a transformar a realidade atualmente vivida⁸. Busca-se a tutela de um interesse de alcance amplo, mas que possibilita uma diversidade de processos individualizados.

5. CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, v. 287, jan/2019, p. 446-447. FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 10-17.

6. VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 191-192.

7. FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. *Op. cit.*, p. 7.

8. MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do estado de coisas inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Ceará, 2018, p. 63.

Outro exemplo é dos processos envolvendo meio ambiente. Não apenas porque versam sobre direito difuso, mas, principalmente, porque podem impactar diversos centros de interesse, e, inclusive, contar com a participação de diferentes entes da administração pública e do Ministério Público. A mesma demanda pode ser proposta em conjunto pelo Ministério Público Estadual e pelo Ministério Público Federal – uma ação civil pública, por exemplo.

Vale apontar que, para uma melhor condução da resolução dos litígios em juízo, é importante aferir a natureza dos direitos em debate. Indo além da classificação tipificada no art. 81, parágrafo único, do CDC⁹ – no qual é adotado o critério da titularidade, impreciso para a diferenciação dos litígios transindividuais, sendo comum, inclusive, uma certa confusão entre as categorias – Edilson Vitorelli propôs uma nova tipologia dos litígios coletivos.

Vitorelli divide as demandas transindividuais tendo em vista a situação litigiosa, identificando, em cada tipo, o nível de complexidade¹⁰ e de conflituosidade¹¹ referente a cada contexto. Inicialmente, nos litígios coletivos de difusão global, não se alcança diretamente interesses de qualquer pessoa individualizadamente. O litígio atinge o grupo como um todo e há menor conflituosidade, já que todos sofrem a lesão de modo uniforme¹².

9. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

10. “Um litígio coletivo será complexo se puder conceber variadas formas de tutela da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente. (...) Quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio.” VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 74.

11. A conflituosidade é um elemento “avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto menor for a uniformidade do impacto sobre tais integrantes, ou seja, quanto mais variado for o modo como orem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade.” VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 75.

12. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. Op. cit., p. 76-80.

Por sua vez, nos litígios coletivos de difusão local, a lesão atinge diretamente grupo de indivíduos que compartilham identidade comum, havendo uma média conflituosidade, pois apesar de compartilharem a mesma perspectiva social, pode haver divergências internas dentro do próprio grupo¹³.

Enfim, nos litígios coletivos de difusão irradiada, atinge-se diretamente interesses de diversas pessoas, que não compõem uma comunidade e nem tem a mesma perspectiva social, não sendo atingidas de modo uniforme. A conflituosidade, nesse contexto, é alta, pois é grande a possibilidade de que o resultado desejado por cada pessoa afetada seja diverso, ou, até mesmo, antagônico. Há grande variedade de soluções possíveis para o litígio¹⁴.

Ressalte-se que não se pode compreender os tipos de modo estanque, até porque, devido à natureza multifacetada dos litígios tratados neste ensaio, muitas vezes não é possível compartimentalizar rigidamente os problemas em uma classificação somente.

Os casos apresentados possuem classificações destoantes. Ao passo que a tutela do direito à saúde e do sistema prisional brasileiro podem ser considerados, predominantemente, litígios transindividuais de natureza irradiada, a tutela do meio ambiente se encaixa, diversamente, de forma preponderante, na categoria dos litígios transindividuais de difusão global.

Note-se, ainda, que, por vezes, a replicação de um mesmo problema em diversos conflitos aparentemente pontuais (indivíduo x Estado) revela a necessidade de implantação de determinada política pública para a tutela de direitos, seja em contexto coletivo, seja individual, em nível macro. Nessa perspectiva, a tutela de direitos dependerá, constantemente, de *inputs* de várias áreas do conhecimento, subvertendo a lógica do binômio, caro à tradição jurídica, do lícito-ilícito¹⁵.

Além disso, esses conflitos que rompem com a lógica bipolarizada podem tornar necessária mudança de atuação de determinada instituição, o que passa a qualificá-los, além de policêntricos, como estruturais¹⁶.

13. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. Op. cit., p. 80-85.

14. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. Op. cit., p. 85-94.

15. CAMBI, Eduardo. WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos e processo estrutural. *Revista de Processo*, v. 295, set./2019, v. eletrônica, p. 4.

16. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, ano 38, jul./2013, v. eletrônica, p. 2-4.

Um “problema estrutural” qualifica-se pela desconformidade estrutural, ou seja, um estado de coisas que não se apresenta ideal, exigindo, portanto, algum tipo de intervenção externa para que seja reestruturado. Este, como se verá, é terreno fértil para a prolação de sentenças condicionais e, até mesmo, exortativas.

2. FLEXIBILIDADE DAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: A GESTÃO DO PROCESSO PELO JUIZ

Justamente porque voltados à reparação de um determinado estado de coisas que impacta múltiplos centros de interesse, faz-se necessária a adoção de técnicas processuais heterodoxas¹⁷.

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria citam algumas hipóteses interessantes¹⁸, dentre as quais processos em que se discuta: (i) a restrição ao direito de locomoção de pessoas portadoras de necessidades especiais pela falta de adequação das vias públicas, (ii) o direito de indígenas e afro-brasileiros à previsão na grade curricular do ensino público de disciplinas que estudem a história desses grupos, (iii) dignidade da população carcerária¹⁹, mencionado acima, e (iv) falência e recuperação judicial.

Ocorre que, por vezes, no lugar de uma estratégia de gestão que permita ao juiz a visão global do conflito – e dos inúmeros pequenos conflitos ali presentes –, o processo continua, mesmo nos litígios coletivos, a ser gerenciado de maneira ineficiente, adepto de uma mesma lógica dual, com metodologia ainda própria do processo “bipolar”, pulverizado em execuções individuais das obrigações, desconexas. Isso porque a flexibilização do procedimento (*case management*) reflete a preocupação com a efici-

17. “A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas apresentam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.” DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, jan./abr. 2017, p. 48-49.

18. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Op. cit.*, p. 3.

19. Observando a relação entre o “estado de coisas inconstitucional” e os litígios estruturais, mas restringindo a abrangência a litígios envolvendo a administração pública, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 187-189.

ência em nível sistêmico²⁰, princípio que, não por acaso, foi estabelecido como norma fundamental no artigo 8º do CPC²¹.

Na verdade, a diretriz a ser adotada pelo juiz para a gestão do conflito estrutural dependerá do seu conhecimento sobre todos os desdobramentos no curso do processo e das decisões prolatadas: o cumprimento de determinada medida, o conhecimento de determinadas exceções levantadas pelos agentes – um órgão ambiental que se diga incompetente para o licenciamento de medida específica, por exemplo – e, além de tudo, a repartição da cognição com entes tecnicamente mais adequados, o que pode ocorrer através da delegação de atos para outros centros especializados.

Além disso, é essencial que a gestão do conflito atente para aspectos relativos à participação dos interessados, componentes dos múltiplos polos que envolvem, naturalmente, os litígios de natureza complexa e cujas intenções e interesses variam de acordo com o potencial proveito – jurídico, econômico ou de outra natureza²² – que virá da decisão judicial.

20. “Há, de fato, uma percepção de que, sempre que se fala em eficiência processual, os resultados ótimos almejados seriam pensados invariavelmente na óptica do Estado; seriam os resultados melhores e mais adequados para o sistema judiciário, sempre em detrimento das garantias das partes. Nessa visão distorcida e reducionista, mais eficiência significaria menos garantias; e um melhor desempenho judiciário representaria necessariamente um prejuízo ao exercício dos direitos fundamentais dos litigantes. Não concordamos com essa contraposição. A eficiência processual pode viabilizar mais garantias. Como veremos, o aumento da eficiência em cada processo, além de beneficiar as partes daquele litígio, reflete-se em escala em um ganho para o sistema, desafogando as varas, reduzindo gastos, permitindo que juizes, auxiliares, servidores se concentrem em atividades essenciais, e que todo o aparato funcione melhor e de maneira mais efetiva. Com melhor alocação de recursos, tramitação mais eficiente e emprego racionalizado de formas, ritos e meios, é possível ao sistema processual incrementar a adequação do uso de seus instrumentos, reduzir o desperdício de atividades com tarefas desnecessárias ou praticadas em duplicidade e, com isso, dedicar-se com mais atenção e intensidade aos pontos em que sua atuação seja imprescindível.” CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual. Tese apresentada para o concurso para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 30.

21. “A atividade jurisdicional não pode ser pensada, apenas, sob o prisma do caso concreto, mas deve ser vista em sua organicidade. O funcionamento da administração da justiça somente será proporcional se puder prestar ao conjunto das controvérsias os montantes equivalentes de esforço e resultado (...)” ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

22. Sofia Temer lista possíveis interesses, além do puramente jurídico (o qual, segundo a autora, trata-se de categoria em constante reconstrução), ensejadores de intervenção de terceiros: 1) garantir a formação de padrão decisório favorável; 2) assegurar exercício ou consistência prática de direito; 3) realizar a certificação prática, por meio da produção probatória; 4) defender interesse público; 5) defender interesses de outras pessoas, por exemplo, afetivo ou institucional; 6) colaborar para o exercício da atividade jurisdicional. TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo civil*: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 248-304.

Para concretizar essas novas técnicas, é preciso ter em mente que o juiz deve (i) articular a possibilidade de gerir o tempo do processo – em outros termos, antecipando ou postergando o exame de determinadas questões, a considerar o momento em que reputar oportuno –, e (ii) contar com a participação, em variadas dimensões, e com a cooperação de sujeitos externos²³.

3. TÉCNICAS DECISÓRIAS HETERODOXAS E ESTRATÉGIAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES ESTRUTURAIS: TENTATIVA, ERRO E ACERTO

Evidente ruptura com as estratégias de gestão do processo dual está na técnica das “decisões-núcleo” ou “decisões de primeira impressão”, que contemplam determinadas questões-núcleo do litígio complexo, mas retardam o pronunciamento sobre outras. Possuem acentuado viés *pro futuro*, na medida em que fixam um plano de ação para a implementação progressiva quando não tenha sido possível ou adequado estabelecer, de prontidão, as medidas dirigidas ao caso concreto. Segue-se, assim, uma lógica de provimentos em cascata²⁴, restando clara a antecipação e postergação das questões a serem conhecidas quando umas forem mais simples e outras exigirem testagens e estudos extensos. Assim, a implementação dessas questões passa a seguir uma lógica de “tentativa, erro e acerto”, justamente porque constantemente testadas novas técnicas de implementação das medidas²⁵.

Nesses processos, é relativizada a regra de estabilização objetiva da demanda²⁶. Em um contexto de litígio estrutural, não é possível a implantação de preclusões demasiado rígidas, sob pena de inviabilização do prosseguimento do feito, o qual, sistematicamente, demanda a aplicação dos princípios de adaptabilidade e de adequação do procedimento²⁷ às vicissitudes do caso concreto.

23. Sobre a atuação do juiz coordenada com centros externos, vide JEULAND, Emmanuel. Towards a New Court Management? General Report. Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2018, p. 7-8.
24. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 225, ano 38, jul./2013, v. eletrônica, p. 12.
25. Tratando do experimentalismo demandado pelos litígios policêntricos na experiência americana: VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019, p. 164-166.
26. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda, disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda, acessado em 09/05/2019, p. 6-9.
27. Sobre os princípios, vide DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.9, jan.-dez. 2001.

O mesmo se dá com a congruência objetiva, já que nem sempre o pedido da parte exaurirá o problema, seu desdobramento e as suas possibilidades de resolução²⁸. Torna-se possível que a cognição seja partida no tempo, suscetível a variações à medida que o cronograma de efetivação seja cumprido e o juiz avalie o surgimento e a resolução de questões pontuais durante a execução da *injunction*²⁹.

Com efeito, a interpretação da postulação e do texto normativo deverá levar em conta o andamento do processo, que traz revelações não antes pensadas sobre o episódio e sobre as múltiplas e até então desconhecidas consequências no mundo dos fatos.

À sua vez, o juiz, imbuído do poder de gestão, também pode postergar ou antecipar a cognição no tempo, o que se revela útil em conflitos estruturais por exemplo, nos quais pode ser necessário que a análise de questões complexas seja postergada no plano procedimental.

Assim sendo, nesta seção discutiremos sobre as possíveis técnicas de tutela a serem experimentadas nos processos estruturais, como o uso de entidades de infraestrutura específicas, as técnicas decisórias de sentença com reserva e de sentença exortativa, e a função jurisdicional de consulta.

3.1. O papel das entidades de infraestrutura específica

Importante e atual exemplo de técnica heterodoxa é da delegação da cognição para entidades de infraestrutura específica (*claims resolution facilities*), sujeitos externos ao Judiciário cuja cognição será *mais adequada* às questões envolvidas no processo estrutural³⁰. Justifica-se na circunstância de que o juiz nem sempre terá o conhecimento técnico necessário à resolução de toda a gama de questões envolvidas em um litígio complexo.

Nesse contexto, Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr. expõem o exemplo da Fundação Renova, criada, entre outras razões, para gerir a

28. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Op. cit.*, p. 56. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Op. cit.*, p. 10.
29. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Op. cit.*, p. 51.
30. Sobre o conceito de cognição adequada: “Nesse sentido, pensada a eficiência qualitativa como aquela que visa à melhor tutela jurisdicional possível – ou seja, tecnicamente mais profunda, e mais rica na análise dos fatos e do direito –, é necessário também que, nesse movimento, a cognição judicial seja a melhor possível, na ideia de cognição adequada”. VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. *Op. cit.*, p. 174.

destinação de recursos no cumprimento das obrigações envolvendo o caso da tragédia do Rio Doce; e, no caso da recuperação judicial da Oi, mencionam a contratação de uma fundação especificamente voltada à criação de uma plataforma digital com a finalidade de viabilizar a mediação com milhares de credores do país inteiro. Essas atividades que, em regra, seriam praticadas ao juiz, passam a ser delegadas para estes novos agentes, que conhecerão e interpretarão questões específicas discutidas no processo³¹.

Até que se chegue à decisão final, a pluralidade de sujeitos e de objetos – obrigações a serem declaradas existentes ou inexistentes, por exemplo – exige, em todas as etapas do processo estrutural, seja ele individual ou coletivo, a gestão procedimental pelo magistrado³². Note-se que esses sujeitos podem ser integrantes de uma coletividade que *nem mesmo* é parte do processo, o que torna ainda mais relevante que o juiz possa conhecer além-muros.

Especialmente nesse contexto, faz-se necessário expandir os horizontes quanto às técnicas decisórias tradicionais, passando a serem pensados mecanismos que se coadunem as particularidades dos processos estruturais.

É verdade que esse agente não teria competência para a prática de atos decisórios propriamente, mas poderia aferir a regularidade de medida executiva direta ou indireta, em franca subversão da ideia de que a *executio*, *coertio* e a *notio* seriam prerrogativas jurisdicionais exclusivamente estatais. Não significa que, na prática de atos a ele delegados, o agente privado delegatário não estaria sujeito a supervisão de qualquer espécie pelo juiz. Inegável, inobstante, que há, na atuação do agente privado em tais hipóteses, atividade de conhecimento, de valoração quanto à pertinência e à adequação da medida.

Sobre a função de supervisão, ressalta-se que o juízo delegante não transfere de forma definitiva o seu poder jurisdicional, mas, tão somente,

31. CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Op. cit.*, p. 448. No mesmo sentido, afirmando que o juiz nem sempre disporá de “conhecimento e tempo necessários à implementação desse tipo de decisão”, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Op. cit.*, p. 11.

32. Dando um passo atrás, é possível pensar títulos executivos resultantes de termos de ajustamento de conduta. Foi o que aconteceu com alguns dos termos de governança (TAC Governança) celebrados entre diversos órgãos públicos, o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, no âmbito do recente desastre ambiental causado ao leito do Rio Doce e à população dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. Diante da multiplicidade de obrigações a que foram submetidas as autoridades responsáveis, o inadimplemento de qualquer das cláusulas poderia ser contestado em juízo através do título ali constituído.

reorganiza funções dos atores processuais dentro do caso (técnica de *case management*), conferindo ao delegatário – nesse contexto, a entidade de infraestrutura específica – função cognitiva primária no que tange aos fatos pertinentes ao litígio³³.

Desse modo, o juiz atua como supervisor hierárquico do delegatário, podendo destituí-lo a qualquer tempo se verificar irregularidades em sua atuação. A autonomia do delegatário encontra limites no ato de delegação, sendo, por conseguinte, precária a atividade de delegação.

Veja-se que o delegatário não decide, já que a decisão, pelo menos no sentido formal do art. 203 do CPC, é ato de império, exclusivo do Estado. Mas, nos limites do ato de delegação, ele pode tomar pequenas decisões – nem sempre externadas –, seguindo aceção de Klaus Günther³⁴, a fim de, por exemplo, *escolher* medidas específicas necessárias à atividade cognitiva que lhe foi delegada – conhecer uma prova complexa, conhecer a pertinência da utilização de determinadas medidas em execução.

Havia, similarmente, no Direito Romano, a delegação do pretor ao *iudex* de certos atos necessários ao exercício da jurisdição, sem que com isso, contudo, houvesse a delegação do *imperium*, o qual permanecia de exclusiva titularidade do pretor³⁵.

Como exemplo de delegação, é possível mencionar o Caso “Mendoza”, na Argentina. A *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN) delegou ao *Juzgado Federal de Quilmes* a execução da sentença estrutural, confiando-lhe, também, a competência para fixação do valor das multas diárias referentes ao descumprimento do programa fixado judicialmente, atividade esta que demanda cognição³⁶.

33. CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual. *Op. cit.*, p. 486-487.

34. GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, Communicative Power and Jurisgenesis. *Cardozo Law Review*, v. 17, 1995, p. 1038.

35. Cf. CABRAL, Gustavo César Machado. Do ordo à cognitio: mudanças políticas e estruturais na função jurisdicional em Roma. *Revista de Informação Legislativa*, n. 194, abr./jun., 2012.

36. Francisco Verbic aponta os motivos para tanto: “Según se desprende de la sentencia, las razones que llevaron a la Corte a tomar esta decisión fueron tres: (i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarían durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; (ii) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar; (iii) la búsqueda de un mayor grado de inmediatez entre la magistratura y las partes. La CSJN también se refirió en su sentencia a la importancia de evitar intromisiones e interferencias que impidan el cumplimiento del mandato, e invistió al mencionado Juzgado de Primera Instancia con la competencia exclusiva para intervenir en la revisión judicial de las decisiones de la ACUMAR.” VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Su-

3.2. As sentenças com reserva

Existe técnica decisória que se amolda perfeitamente aos processos estruturais, consistente na prolação das assim chamadas “sentenças condicionais”, ou seja, sentenças que ainda dependem de algum elemento posterior ou da superveniência de determinado evento para que produzam efeitos plenamente.

Há diversas hipóteses de decisões condicionais previstas no ordenamento processual brasileiro, a despeito da previsão do art. 492, parágrafo único, do CPC, o qual determina que as sentenças deverão ser certas, mesmo quando resolvem relação jurídica condicional. Tal disposição legal deve ser interpretada, como faz Tucci, no sentido de que certa é a decisão que não deixa dúvidas (obscuridade, contraditoriedade ou omissão) acerca de sua interpretação, o que não impede que a eficácia da decisão se submeta a um evento futuro e incerto³⁷. O exemplo clássico disso é a cominação de multa em razão de descumprimento de ordem judicial. A aplicação de multa vem prevista em um dos capítulos da decisão, mas sua aplicação condiciona-se a um evento futuro e incerto, qual seja, o descumprimento da ordem judicial exarada.

Há também a previsão do art. 98, §3º, do CPC, que condiciona a cobrança das verbas sucumbenciais do beneficiário da justiça gratuita derrotado na demanda judicial à demonstração, pelo credor, de que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos, dentro de até 5 anos após o trânsito em julgado.

A principal espécie desse gênero, a ser aqui abordada, é das “sentenças com reserva”³⁸. São, por assim dizer, sentenças ainda incompletas, que exigem atividade cognitiva “pós-sentença”³⁹, o que, num processo cujas fa-

sana Henriques da (Coord). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 302.

37. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Artigos 485 ao 538. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. VIII, p. 134.

38. Estas foram observadas por Chioyenda ao tratar de algumas hipóteses de condenação com reserva: “Duas aplicações se fazem da condenação sob reserva em nossa lei: no processo cambial (art. 324, CCom; atualmente Lei cambial de 14 de dezembro de 1933, n. 1.669, art. 65) e na exceção de compensação (art. 102, CPC).” CHIOYENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, vol.1*. (Trad.: Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, p.294-295. Também foram observadas por Liebman: LIEBMAN, Enrico Tullio. Execução e ação executiva *in Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p.67.

39. VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Op. cit., p. 203-206.

ses fossem sequenciadas de maneira rígida e não se admitisse modificação posterior da demanda, sequer poderia ser pensado.

No direito italiano, as sentenças com reserva são decorrência lógica do fracionamento do mérito, em franca ruptura com o princípio de que o juiz deveria conhecer e decidir todas as questões a uma só vez.

Mas o mesmo raciocínio pode ser empregado no direito brasileiro, o qual admite o fracionamento do mérito nos artigos 354 e 356 do CPC. Se as questões podem ser manipuladas para serem conhecidas de forma flexível no tempo⁴⁰, é possível também haver cenários de gerenciamento não antes imaginados. A sentença com reserva consiste na espera por uma fase cognitiva complementar, posterior ao procedimento comum⁴¹.

Imagine-se que o juiz prolatou sentença reconhecendo a configuração de dano material em uma ação civil pública em que o Estado deixou de fornecer tratamento médico adequado e a existência do dever de indenizar do réu. Entende, todavia, que, para definir o *quantum*, será ainda necessário procedimento complementar, na forma do art. 512 do CPC, onde serão calculados os custos do procedimento médico, de técnicas complexas, que exigem, por exemplo, a oitiva de outros profissionais e *experts* que não se manifestaram na fase ordinária do procedimento comum. Nessa hipótese, é possível inclusive que desde já seja interposto o recurso de apelação, em paralelo com a liquidação da sentença.

Com efeito, essa hipótese de complementação da sentença pode ser concebida de maneira ampla para os processos estruturais. Quaisquer decisões, seja porque demandam testagens mais complexas ou porque, em dado momento, não se afigure possível enfrentar objetivamente todas as questões discutidas no conflito, podem ser proferidas *com reserva*, ou seja, a serem complementadas em momento posterior. A lógica, aliás, assemelha-se à das decisões-núcleo, que, a nosso ver, são espécies de decisões com reserva. O magistrado traça as linhas gerais sobre o problema e reserva outros aspectos a serem conhecidos em momento posterior.

Dessa forma, quando visualizada de maneira ampla, pode ser uma estratégia heterodoxa adotada pelo juiz-gestor, visando, justamente, ao enfrentamento paulatino das questões atinentes ao litígio complexo, como peças de um quebra cabeça que vai tomando forma aos poucos.

40. VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Op. cit., p. 203-204.

41. CHIOYENDA, Giuseppe. *Azioni sommarie: la sentenza di condanna con riserva in Saggi di Diritto Processuale Civile, vol.1*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 143 ss.

3.3. As sentenças exortativas

Sérgio Cruz Arenhart explica que outra técnica de flexibilização bastante útil é a das “decisões-núcleo”⁴², técnica que remete às decisões “abertas” (*open remedies*) do direito anglo-americano⁴³, as quais fixam um plano de ação quando não foi possível para o juiz estabelecer, de plano, os meios adequados ao caso concreto, utilizando técnicas de implementação progressiva – provimentos em cascata.

Assim, caso se objetive proferir “decisões-núcleo” ou decisões “abertas”, é essencial que o juiz assim o faça expressamente, adotando uma postura deliberadamente cooperativa em relação aos outros entes e, assim, abdicando de determinados atos em benefício de atores tecnicamente mais adequados para conhecê-los.

Ou seja, em determinadas hipóteses, é possível que se compreenda que o próprio Judiciário não é o centro qualificado para a elaboração de determinada política pública, sendo necessária a *exortação* de outros centros.

Já os *open remedies* declaram a violação de determinado direito, mas deixam em aberto aspectos sobre o cumprimento da decisão. Exortam-se agentes externos para praticarem atividades específicas, numa lógica em que é realizado o exame de capacidades institucionais para definir, por assim dizer, como será preenchido esse hiato⁴⁴.

Há dois caminhos possíveis nesse cenário. Ora pode o Judiciário prolatar uma sentença com reserva, como visto no item anterior, em que delinea os problemas em sua dimensão geral, delega a cognição para outras entidades, e, posteriormente, munido dessas informações, profere a decisão sobre o aspecto restante da decisão, deixado em aberto⁴⁵; ou pode, simplesmente, exortar outro centro para que ele mesmo decida de maneira

42. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 12.

43. CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual. *Op. cit.*, p. 477. SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 15-16.

44. “There are a range of remedies that courts have employed in human rights adjudication that declare an infringement of human rights norms, but leave the choice of means to address that infringement to non-judicial institutions. They include ordinary declaratory judgments (in certain circumstances), legislative remand in the US, delayed declarations of invalidity in Canada and South Africa, and declarations of incompatibility in the UK, Australia, and New Zealand.” SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*. *Op. cit.*, p. 15-16.

45. VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. *Op. cit.*, p. 206.

vinculativa, ou seja, dê a “palavra-final” sobre determinada questão, hipótese em que se está diante de uma sentença exortativa.

Sobretudo, pensado o direito brasileiro, isso pode acontecer, note-se, entre poderes diferentes. É, aliás, justamente o caso do mandado de injunção (individual ou coletivo), em que o Judiciário determina a elaboração de ato normativo privativo do Legislativo. Em processos envolvendo políticas públicas é um instrumento bastante relevante, porque nem sempre o Judiciário poderá avançar e adotar ele mesmo todos os esforços necessários para a implementação de determinada medida.

Interessante pensar que, mesmo quando o mandado de injunção for individual, ele poderá impactar outros sujeitos e estruturas, revestindo-se formalmente do desenho de processo bipolar, mas materialmente qualificando-se como processo estrutural. Essas decisões, portanto, serão também decisões de caráter estruturante.

Assim, as sentenças exortativas rompem com a lógica de perpetuação cognitiva e decisória em um mesmo centro subjetivo⁴⁶.

3.4. A função jurisdicional consultiva e as decisões de aconselhamento

Trata-se de papel mais dinâmico desempenhado pelo Judiciário, trazendo como premissa elementar a função criativa reservada à própria jurisdição, para além da simples descrição do texto legal⁴⁷.

Subjacente reside a concepção de que o Judiciário não atua em um vácuo e que o processo de produção normativa conta com a participação de diversos centros reciprocamente influenciados. Nesse processo criativo, o Judiciário recebe inevitáveis influências de agentes externos, mesmo econômicos ou sociais, que possuem interesses que transcendem o modelo clássico de aplicação da norma pelo método subsuntivo⁴⁸. Isso se amolda perfeitamente aos litígios de caráter estrutural, justamente porque sua repercussão encontra-se desgarrada do princípio da dualidade.

É possível, no entanto, que, dada a dinamicidade das novas relações jurídicas que se estabelecem, esses agentes passem a ver no Judiciário um

46. VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. *Op. cit.*, p. 184.

47. SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Law School*, n.07-146, 2007, p.4. FRANKFURTER, Felix. A note on advisory opinions. *Harvard Law Review*, n.37, 1923-1924, p. 1005.

48. SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Op. cit.*, p. 5.

locus para a consulta, por vezes apenas revisando a adequação dos provimentos emitidos por outros centros decisórios e, assim, sinalizando e opinando sobre a atividade normativa naqueles centros. Essas atividades convergem em padrões de exercício de influência pelo Judiciário⁴⁹. O *conhecer*, nesse prisma, estaria voltado a influenciar⁵⁰.

Na verdade, a influência, em si, pode ser exercida sobre qualquer sujeito⁵¹, por isso, interessante observar que o contraditório, dentro do atual contorno assumido pelo princípio, admite também a possibilidade de o juiz influenciar a atuação dos demais sujeitos interessados⁵², o que se faz ainda mais pertinente em cenários de assunção de função consultiva pelo Judiciário.

A amplitude da noção de influência descamba para o ponto de até mesmo um juiz ter potencial para influenciar outro juiz⁵³, o que demonstra que, em arranjos como estes, a tônica deve estar na *influência*, e não no poder decisório imperativo, a fim de que o sistema de parcelamento cognitivo interconecte-se sem que, por outro lado, venha a se tornar uma colcha de retalhos.

De fato, ainda que não se oriente necessariamente à decisão (a prolação de uma sentença de mérito), é necessário que a atividade de consulta seja interna e externamente coerente.

Imprescindível é a diferenciação entre a função jurisdicional de consulta⁵⁴ e a técnica decisória de aconselhamento. As consultas podem ser realizadas em situações em que há dúvida sobre a expectativa de incidência normativa⁵⁵ em um caso concreto, por exemplo. Assim, dependem da

iniciativa das partes. O aconselhamento, por seu turno, é realizado, mais comumente, em sede de *obiter dictum*⁵⁶ dos pronunciamentos judiciais, pois não está contido entre os argumentos que fundamentam o dispositivo, qualquer que seja a natureza da decisão (constitutiva, declaratória ou condenatória)⁵⁷.

Ressalta-se que ambos são despídos de natureza cogente, possuindo, conforme dito, efeitos principalmente na esfera de influência daqueles para os quais se direcionam, seja pela força que emana de um pronunciamento, mesmo sem caráter decisório, vindo de autoridade judicial, seja pela coerência do argumento contido nesse pronunciamento.

Vislumbra-se, pois, a consulta a tribunais superiores quando confrontado o tribunal ou juiz de primeira instância com um *hard case*, a exemplo de um estado de coisas flagrantemente inconstitucional. Essa técnica, antigamente, pareceria impensável, mas à luz de um novo perfil de jurisdição também passa a fazer sentido⁵⁸.

É verdade que, no Brasil, para a Justiça Eleitoral, a legislação prevê expressamente a possibilidade de consulta ao Tribunal Superior Eleitoral (art.12, “f” do Código Eleitoral) e aos Tribunais Regionais Eleitorais (art.17, “e” do Código Eleitoral). É possível, todavia, extrair essa mesma possibilidade de outros dispositivos legais, ampliando-a para o exercício da jurisdição de modo geral. E é justamente na LINDB que encontramos o art. 30, que é expresso quanto à possibilidade de *consulta* às autoridades públicas⁵⁹.

49. Isso porque influência é “qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que, caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 114.
50. VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Op. cit., p. 232.
51. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Op. cit., p. 127.
52. DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo civil comparado: uma perspectiva evolutiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 61.
53. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Op. cit., p. 114.
54. De forma extensa sobre o assunto: GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos paradigmas da jurisdição*. Conceito. Princípios. Funções. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019, p. 567-599.
55. CABRAL, Antonio do Passo. *Pré-eficácia das normas e aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis*. *Revista de Processo*, v. 246, ago. 2015, p. 343-344.

56. KATYAL, Neal K. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998, p. 1711.
57. Phillip Kannan, examinando a dinâmica das cortes federais americanas, vaticina que as cortes não poderiam ser obrigadas, nem pelo Congresso, nem pelas partes, a dar decisões consultivas. Contudo, em circunstâncias que ela mesma definiriam, ou seja, voluntariamente, elas mesmas poderiam conferir decisões de aconselhamento. KANNAN, Phillip M. *Advisory Opinions By Federal Courts*. *University of Richmond Law Review*, v. 32, 1998, p. 770.
58. “Bisogna sottolineare anche la funzione di consulta, mediante la quale gli individui ricorrono al organo giudiziario per ottenere un’interpretazione del diritto soggettivo. Questa funzione (che in Brasile esiste nei tribunali elettorali), si distacca visibilmente dall’esistenza di un conflitto di interessi e perfino dall’esistenza di un diritto soggettivo. L’interessato va dal giudice per ottenere una risposta statale che orienterà la sua condotta futura riguardo a quella situazione. A partire dalla risposta alla consulta, la parte potrà anche comprendere che non ha nessun diritto soggettivo, e quindi rinunciare ad esercitare una pretesa che, se fatta valere, potrebbe essere considerata infondata.” CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione in Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini Editore, 2017, p. 372.
59. Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Como o resultado da consulta não é vinculativo, o particular, o Ministério Público ou mesmo tribunal inferior ou juiz de primeira instância se sentiria livre para desconsiderá-lo e adotar a técnica decisória que achasse prudente para as peculiaridades do caso. Devem, porém, ser considerados como diretrizes para casos futuros que se amoldem à opinião emitida. Ressalta-se que a desconsideração do posicionamento proferido em consulta demanda apta fundamentação.

Não haveria uma usurpação da competência dos juízos adequados. Como se vê, não existe qualquer vinculatividade quando da emissão daquela opinião, mas há, por certo, influência sobre juízos futuros quanto às questões de fato e de direito ali implicadas.

No contexto das técnicas de aconselhamento, Katyal, em estudo essencial para o tema, lista uma série de espécies de aconselhamento⁶⁰ que os magistrados podem realizar, além de apontar os casos em que foram utilizadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A sistemática desenvolvida foi pensada para a jurisdição constitucional, mas são aplicáveis ao processo estrutural. Para os fins deste ensaio, singularizamos uma das técnicas cunhadas por Katyal, qual seja, a de “*self-alienation*”, pois ela foi recentemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, em processo de natureza estrutural (a já referida ADPF 347).

A possibilidade de pronunciamentos judiciais influenciarem condutas externas ao processo pode ser observada nos casos de *self-alienation*, técnica “decisória” aplicável quando o tribunal afirma não ter competência para julgar a causa, mas, ainda assim, emite sua opinião sobre o tema⁶¹.

Não haveria aí atividade decisória propriamente dita. No entanto, Antonio do Passo Cabral observa que, ainda assim, o juízo incompetente estaria exercendo *influência*, mesmo não havendo formalmente poder decisório, sendo uma clara evidência da flexibilização das técnicas decisórias em litígios complexos, nos quais por vezes se faz necessária a consulta a outros órgãos jurisdicionais.

Como exemplo de utilização da técnica de *self-alienation*, tem-se recente decisão⁶² do Ministro Marco Aurélio Mello, do STF, acerca de pedido

60. Para Neil Katyal, seriam elas: Minimalismo, *Second Look*, Clarificação, Personificação, Exemplificação, Demarcação, Prescrição (no sentido de prescrever uma conduta a ser tomada), Educação, Moralização, Descentralização, Penalização e *Self-alienation*. KATYAL, Neal K. *Judges as advicegivers*. *Op. cit.*, p. 1716-1722.

61. CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual. *Op. cit.*, p. 485.

62. O conteúdo da decisão pode ser lido na íntegra aqui: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acessado em 10/08/2020.

liminar (em sede da ADPF 347, já aludida neste ensaio) que, dentre outros requerimentos, clama pela concessão de liberdade condicional ou de regime domiciliar para presos que compõem o grupo de risco pra COVID-19.

A liminar foi negada sob argumento processual, já que o pedido foi realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, o qual não é parte da ADPF. O requerimento de tutela antecipada incidental, segundo o ministro relator, é de iniciativa exclusiva daqueles que integram um dos polos da ação.

Não obstante o indeferimento, o Ministro Marco Aurélio conclamou os Juízos da Execução Penal a analisarem, por ocasião da pandemia de coronavírus (que, no momento da decisão, dia 17 de março de 2020, às 22h30min, estava em estágios embrionários no Brasil, onde a primeira morte por Covid-19 ocorreu em 12 de março de 2020⁶³, e, ao tempo da produção deste ensaio, já supera a casa de 100 mil óbitos, com mais de 3 milhões de casos confirmados⁶⁴), a tomada de medidas cautelares no que tange à população carcerária, tendo, inclusive, listado as providências processuais a serem analisadas com maior urgência⁶⁵.

Vê-se, portanto, que o Ministro furtou-se de analisar o mérito da decisão liminar, indicando não haver o pressuposto processual de legitimidade do requerente, mas ainda assim entendeu como necessário emitir opinião com relação ao caso, exortando os juízes de primeiro grau responsáveis pela execução criminal a apreciar providências que vinham descritas no próprio pedido da parte ilegítima, em virtude de sua relevância no contexto do problema estrutural que envolve a pandemia de COVID-19.

63. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/27/primeira-morte-por-coronavirus-no-brasil-aconteceu-em-12-de-marco-diz-ministerio-da-saude.ghtml>. Acessado em 10/08/2020.

64. A atualização diária das estatísticas da Covid-19 no Brasil pode ser acessada aqui: <https://www.google.com/search?q=mortes+covid+brasil&oq=mortes+covid+brasil&aqs=chrome.0.017j69i60.4964j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acessado em 10/08/2020.

65. Quais sejam: a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

Nessa ordem de ideias, Neal Katyal reconhece a função de consulta e a técnica de aconselhamento nos tribunais como um interstício entre os poderes de julgar e de dar legitimidade aos julgados, o que levaria à criação de um ambiente de diálogo mais produtivo. O caráter opinativo dos provimentos é especialmente relevante em um sistema no qual as decisões estabilizam-se e os precedentes dos tribunais ostentam força vinculativa. A emissão de opiniões atua como um ponto de flexibilidade, que não viola a segurança jurídica porque, em certa medida, conserva uma diretriz pró-futuro e a preocupação com a previsibilidade dos provimentos, ainda que não tenha em si a força vinculativa de uma decisão⁶⁶.

Esses provimentos de natureza declaratória (“*declaratory judgments*”) são, na verdade, interpretações da lei, vinculativas para casos futuros que sejam submetidos ao Judiciário. Essa manifestação consultiva tem por objetivo excluir dúvidas quanto à interpretação da lei, traçar diretrizes para a sua aplicação por órgãos administrativos e, até mesmo, atuar em sentido preventivo, evitando que conflitos causados pela divergência interpretativa venham a ocorrer.

Ainda que não seja uma determinação da corte em caráter imperativo, a declaração judicial, por si só, tem peso significativo sobre as condutas futuras de potenciais litigantes e de agentes públicos⁶⁷. Em litígios envolvendo múltiplos centros de interesse e a implementação de políticas públicas, p.ex., desastres ambientais, podem funcionar como diretrizes para (i) que o Ministério Público, que ajuizou ação civil pública, elabore os pedidos e até modifique objetivamente a demanda no curso do processo, (ii) para que o juiz competente gere as medidas de implementação necessárias ao problema estrutural, p.ex. complexo desastre ambiental e (iii) para que a administração pública cumpra as medidas seguindo as orientações do órgão de consulta.

Observa-se, assim, a possibilidade de o ordenamento abrir-se para novas orientações, em princípio formuladas como *dicta*. Estas, já conhecidas, podem vir a serem implementadas em caráter vinculativo em momento posterior, à luz da *mudança de determinadas circunstâncias no mundo da vida*, o que revela uma possibilidade de superação ou “aberr-

66. KATYAL, Neal K. Judges as advicegivers. *Op. cit.*, p. 1714.

67. Em tese, seriam provimentos “mais fracos” que outras manifestações do Judiciário, mas são, por outro lado, aquelas que têm maior potencial de *influenciar* o comportamento de diferentes agentes. SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*. *Op. cit.*, p. 16-17.

tura-gradual” do sistema⁶⁸. Dessa forma, a atividade consultiva dos tribunais não se incompatibiliza com a segurança jurídica, mas atende ao seu núcleo essencial, na medida em que permite que as transições não sejam operadas de maneira abrupta, assim conformadas com o ideal de segurança-continuidade⁶⁹.

Tudo isso significa que, nos cenários que despontam, as técnicas decisórias, assim como a própria cognição judicial, assumem perfil inteiramente novo, perfeitamente compatível com litígios que envolvem problemas macroscópicos, que muitas vezes se propagam no tempo e exigem do Judiciário a reestruturação das funções tradicionais.

CONCLUSÕES

Tendo em vista as análises realizadas, vê-se que o processo estrutural – diferentemente dos procedimentos ordinários, caracterizados por decisões que seguem o binômio procedência-improcedência, para os quais foi pensada a legislação atualmente vigente –, possui demandas e necessidades muito mais complexas, as quais reclamam novas técnicas, cognitivas, decisórias e executivas, para a sua resolução.

No presente ensaio, buscou-se, com especial auxílio dos estudos realizados em vistas ao sistema jurídico norte-americano, sugerir técnicas decisórias heterodoxas, algumas das quais já utilizadas pelos tribunais pátrios (embora, por vezes, não identificadas desse modo), com o fito de atender essas situações estruturais de natureza policêntrica e de viés macroscópico, que se prolongam indefinidamente do tempo e não logram resolução com apenas uma “canetada” do juiz.

De forma meramente exemplificativa, listou-se o uso de entidades de infraestrutura específica, as quais, dentre outras funções, podem ser utilizadas para realizar a cognição de certas situações de forma primária; a possibilidade de sentenciar com o uso de capítulos de natureza condicional, incluindo-se nesse rol as sentenças com reserva; e, transportando

68. Neal Katyal afirma ainda: “*And the court can later reassess its earlier conclusions in light of changed circumstances, stating that those conclusions were ‘only dicta’*”, o que revela um cenário passível de resgates cognitivos, já que, quando do primeiro contato com a questão não houve decisão propriamente, muito embora tenha havido cognição. KATYAL, Neal K. Judges as advicegivers. *Op. cit.*, p.1714. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2. ed., 2016, p. 42.

69. CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p.110-114.

técnica afeita aos mandados de injunção, propôs-se a utilização de sentenças exortativas.

Enfim, a função jurisdicional de consulta, mediante provocação do Poder Judiciário (o qual, como qualquer outro ente público, teria dever de resposta, mediante a previsão do art. 30 da LINDB), para esclarecimento de certas expectativas de incidência normativa por parte dos jurisdicionados, juntamente à técnica de aconselhamento – a qual demanda postura ativa do ente julgador – e suas numerosas subespécies, mostram-se importantes contribuições para influenciar tanto o próprio Poder Judiciário quanto os entes responsáveis pela elaboração das políticas públicas.

De fato, a utilização de técnicas heterodoxas de decisão pode ser um componente de grande relevância para a condução de processos estruturais. Espera-se que, com o este estudo, necessárias luzes tenham sido apontadas para essa possibilidade.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, ano 38, jul./2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda, disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda, acessado em 09/05/2019.
- CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, v. 287, jan/2019.
- CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual. Tese apresentada para o concurso para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione in *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini Editore, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de *vacatio legis*. *Revista de Processo*, v. 246, ago. 2015.
- CABRAL, Gustavo César Machado. Do ordo à cognitio: mudanças políticas e estruturais na função jurisdicional em Roma. *Revista de Informação Legislativa*, n. 194, abr./jun., 2012.
- CAMBI, Eduardo. WRUBEL, Virginia Telles Schiavo. Litígios complexos e processo estrutural. *Revista de Processo*, v. 295, set./2019.

- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Azioni sommarie: la sentenza di condanna con riserva in *Saggi di Diritto Processuale Civile, vol.1*. Milano: Giuffré, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, vol.1*. (Trad.: Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998.
- DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.9, jan.-dez. 2001.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, p. 45-81, mai. 2020.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, jan./apr. 2017.
- DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processo civil comparado: uma perspectiva evolutiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2015.
- FRANKFURTER, Felix. A note on advisory opinions. *Harvard Law Review*, n.37, 1923-1924.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. Novos paradigmas da jurisdição. Conceito. Princípios. Funções. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.
- GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, Communicative Power and Jurisgenesis. *Cardozo Law Review*, v. 17, 1995.
- JEULAND, Emmanuel. Towards a New Court Management? General Report. Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2018.
- KATYAL, Neal K. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998.
- KANNAN, Phillip M. Advisory Opinions By Federal Courts. *University of Richmond Law Review*, v. 32, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Execução e ação executiva in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do estado de coisas inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Ceará, 2018.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2. ed., 2016.
- SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Law School*, n.07-146, 2007.
- TEMER, Sofia Orberg. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil: Artigos 485 ao 538*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. VIII.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros três años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (Coord). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm, 2020.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROCESSOS ESTRUTURAIS¹

FRANCISCO DE BARROS E SILVA NETO²

INTRODUÇÃO

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

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

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

1. Participação do autor no painel "Processos Estruturais" na Reunião Anual da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, em Teresina/PI, novembro de 2018. Acrescentaram-se as referências bibliográficas e algumas notas, a partir dos debates.
2. Juiz Federal. Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).