

1. Introdução

A construção do procedimento adequado é um desafio para o processo coletivo. Tanto a lei da ação civil pública, quanto o Código de Defesa do Consumidor preocuparam-se precipuamente com problemas pré-processuais e pós-processuais: a definição da legitimidade para agir, dos efeitos da decisão, tanto no que tange à imposição de sucumbência, quanto a quem será beneficiado pela sentença e aos limites da coisa julgada. Não há quase nenhuma disposição sobre o desenvolvimento do procedimento.

Esse problema pode ser visto sob dois prismas. De um lado, seria possível afirmar que o laconismo da lei permitiria que a doutrina construísse um procedimento processual coletivo, de modo que a presença de disposições abertas não seria de se lamentar, mas de se desejar. O legislador processual parece ter tido essa visão em 2015, alocando diversas expressões abertas ao longo do texto, na esperança de que a doutrina venha a cultivar inovações em torno delas. É o caso da cooperação (art. 6º), do negócio processual (art. 190), dos poderes atípicos do juiz (art. 139, IV), das técnicas especiais decorrentes da combinação de procedimentos (art. 327, §2º) e assim por diante.

De outro lado, a experiência mostra que nem sempre a falta de disposição legal desemboca em criatividade. Parece que, pelo contrário, no mais das vezes, ela se transforma em padronização. Na falta de um guia preciso, os juízes acabam adotando aquilo que conhecem e conduzindo o processo, seja ele qual for, sob as disposições do procedimento comum. É o que ocorre há quase quarenta anos com a ação civil pública, há quase sessenta, com a ação popular, e mesmo com a ação de improbidade administrativa, com a ressalva das poucas (e, de modo geral, lamentáveis) adaptações do art. 17 da lei. Via de regra, o processo coletivo brasileiro se desenvolve sob a lógica e seguindo o regramento do procedimento comum. Ao contrário do que esperariam os otimistas, a falta de disposição legal deu ensejo a pouca criatividade.

Essa transformação do procedimento processual coletivo em comum traz consequências práticas nefastas. Como as necessidades do direito material coletivo são variadas, a falta de adaptação procedimental acarreta ineficiência na tramitação, com a condução de atos desnecessários e incremento da morosidade, bem como inefetividade do resultado, com ordens judiciais pouco aderentes ao conflito, proferidas depois de muitos anos e difíceis de serem implementadas.

No processo estrutural, essa questão é ainda mais delicada, dada a complexidade e

conflituosidade do litígio. A intervenção em estruturas burocráticas para produzir resultados futuros e duradouros é um trabalho que demanda criatividade e flexibilidade, mas que sem parâmetros, pode cair em uma dinâmica de ordinarização. Assim, independentemente da disposição legal, a doutrina tem a importante tarefa de pensar técnicas processuais que possam orientar os sujeitos do processo estrutural de forma aderente às necessidades do conflito.

Este texto pretende, utilizando como método a revisão de literatura, confrontar três propostas quanto ao perfil geral do procedimento do processo estrutural: a proposta de que ele deveria ser um procedimento bifásico, apresentada por Didier, Zaneti e Oliveira (2020), a proposta de que o procedimento deveria ser conduzido por intermédio de decisões em cascata, defendida por Arenhart (2013), e a proposta de que o procedimento deveria privilegiar a construção e reconstrução de soluções, à semelhança de uma espiral, que vem sendo por nós desenvolvida.

2. Conceito de litígio estrutural e de processo estrutural

A questão mais importante, para iniciar o estudo do tema, é a compreensão da diferença entre o litígio, isto é, o conflito de natureza estrutural e o processo estrutural.

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.¹

Alguns qualificativos devem ser agregados a esse conceito fundamental. É mais comum que os litígios estruturais envolvam estruturas públicas, porque estas afetam a vida de um número considerável de pessoas e seu funcionamento não pode ser simplesmente eliminado, como ocorre com uma estrutura privada, submetida à lógica de mercado. Estrutura, nesse conceito, pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público.

Todavia, litígios estruturais podem visar a mudança de comportamento de estruturas privadas, tanto aquelas que prestam serviços públicos, ou de utilidade pública, como aquelas que possuem estruturas integralmente privadas, mas que são essenciais para a sociedade que as circundam, não podendo ser apenas eliminadas e substituídas por outras, segundo as regras do

¹.Essa definição foi inicialmente exposta em VITORELLI, 2018. A definição foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de sua Terceira Turma, no REsp 1.854.847, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 02/06/2020.

livre mercado.² Brandon Garrett analisa casos de acordos estruturais envolvendo empresas privadas, tais como a AIG, American Online, Bristol-Myers Squibb Co., Computer Associates, HealthSouth, KPMG, MCI, Merrill Lynch & Co., Monsanto e Time Warner.³ No século XXI, a vida das pessoas é talvez mais impactada por conglomerados empresariais do que pelo Estado. Não se pode imaginar que a tutela adequada contra os atos ilícitos dessas entidades possa se resumir a sanções pecuniárias ou imposições de reparações por condutas pretéritas. Em muitos casos, a reestruturação do comportamento futuro das empresas é mais importante para a sociedade do que a reparação pela conduta pretérita. Em 2020, o Department of Justice dos Estados Unidos, em conjunto com os advogados-gerais de 11 estados, propôs uma ação contra a Google, em virtude de práticas anticoncorrenciais no mercado de busca e anúncios online, tendentes à criação e manutenção de um monopólio. Nos pedidos, requereram, primeiro, o reconhecimento das condutas narradas e, segundo, “a determinação do remédio estrutural necessário a eliminar todos os danos decorrentes da conduta anticompetitiva”.

Ainda que nem todo litígio coletivo irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado. Isso porque o litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada. Pode ser que parte do grupo seja até mesmo beneficiada pela manutenção do status posterior à violação e se volte contra a pretensão da sociedade. Outro problema é que, como os grupos não detêm igual grau de mobilização ou de difusão social, os subgrupos mais mobilizados ou mais concentrados tendem a ser super-representados, em detrimento de subgrupos mais difusos ou menos organizados que, nem por isso, são menos titulares do direito litigioso.⁴

É por isso que os litígios estruturais são policêntricos e não se enquadram adequadamente no esquema processual tradicional. Para William Fletcher, é “característica de problemas complexos, com inúmeros ‘centros’ problemáticos subsidiários, cada um dos quais se relacionando com os demais, de modo que a solução de cada um depende da solução de todos os outros” (1982, p. 635). O autor se vale da metáfora, também utilizada por Lon Fuller, de uma

².No sentido do texto, apontando a existência de reforma estrutural em organizações privadas, ver GARRETT, 2007.

³.Ibid.

⁴.Em detalhes, ver VITORELLI, 2022b, p. 133. A abordagem pluralista de representação do grupo também foi adotada por DAHER, 2019, p. 95. Esse problema foi percebido também por SALLES, 2017, p. 193.

teia de aranha, cuja tensão dos vários fios é determinada pela relação entre todas as partes da teia, de maneira que a intervenção em apenas um fio acarreta a redistribuição de tensão em toda a estrutura, implicando sua total reconfiguração. Os problemas policêntricos perpassam toda a sociedade e são, via de regra, pouco passíveis de resolução exclusivamente governamental.

O policentrismo legal se caracteriza pela presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito. Conforme percebeu Lon Fuller (1978, p. 398), esse tipo de problema não pode ser adequadamente resolvido por técnicas tradicionais de decisão judicial. Nesse contexto, os interesses dos diversos subgrupos não podem ser enquadrados nas singelas categorias de autor e réu. Há zonas de interesses (CABRAL, 2009, p. 29) que se sobrepõem parcialmente, mas também se opõem em determinados contextos.

É em virtude dessas características que surge a necessidade de alteração do funcionamento da estrutura. A complexidade do problema e o modo como suas frações interagem é que exigem que a dinâmica social em que ele ocorre seja alterada. Se não for, o problema não será resolvido, ou será apenas aparentemente resolvido, sem resultados concretos, ou será momentaneamente resolvido e surgirá novamente no futuro, colocando a perder todo o esforço despendido.

Por outro lado, pode ser que o litígio irradiado ocorra em um contexto não relacionado ao funcionamento de instituições ou de políticas públicas. O litígio decorrente da queima da palha da cana-de-açúcar para viabilizar sua colheita é um litígio irradiado, eis que impacta vários grupos sociais (pessoas afetadas pela fumaça, trabalhadores, municípios), mas não é um litígio estrutural, já que não envolve, em princípio, a reestruturação de quaisquer organizações. Reitere-se: nem todo litígio irradiado é um litígio estrutural, embora todo litígio estrutural seja um litígio irradiado.

Assim, o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura.

O fato de haver um litígio estrutural na sociedade – e há muitos – não significa que exista um processo estrutural. Em realidade, o mais comum é que o litígio estrutural origine uma multiplicidade de ações individuais, propostas por pessoas que pretendem resolver a sua própria parcela daquele problema, independentemente da solução geral do litígio. Em alguns casos, pode ser que o litígio atraia a atenção de um legitimado coletivo, originando a propositura de ação civil pública. Contudo, o mais frequente é que essa ação enfoque as consequências

imediatas da conduta e pretenda remediações para elas, em vez de um diagnóstico abrangente da controvérsia, que permitiria solução mais significativa do ponto de vista social.

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.

Esse mecanismo de reestruturação institucional constitui o que os norte-americanos denominam *structural injunction*, uma ordem judicial que impõe não uma conduta isolada, a uma parte específica, mas um conjunto de medidas para ajustar comportamentos futuros, em vez de compensar erros pretéritos. Nesse sentido, como percebeu Colin Diver, é comum que o processo estrutural funcione mais como um meio de realocação de poder do que como mecanismo de imposição de um resultado específico, coercitivamente. Em vez de promover uma alteração isolada na estrutura, o processo se converte “em um componente duradouro do processo de negociação política, que determina a forma e o conteúdo das políticas públicas” (DIVER, 1979, p. 43). O juiz atua mais como um agente de intermediação e de convencimento, não mediante decisão e imposição.

A questão é, portanto, de que forma o procedimento pode ser formulado para permitir o desenvolvimento dessa tarefa que pouco se aproxima da função corriqueira de um processo. Há razoável acordo de que o procedimento precisa ser flexível e adaptado às necessidades do direito material. Não há, contudo, acordo sobre de que forma essa flexibilidade deve ser conduzida pelo juiz.

3. A proposta de Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira: o procedimento bifásico

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria Oliveira (2020, p. 45) propõem que o processo estrutural deve desenvolver-se mediante metodologia bifásica, com uma primeira fase dedicada à constatação daquilo que denominam problema estrutural (conceito que é bastante similar ao que aqui se denomina litígio estrutural), enquanto a segunda fase seria dedicada à implementação da mudança necessária. Em suas próprias palavras:

O processo estrutural se caracteriza por: (...) (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa

ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 45);

Como se percebe, os autores entendem como característica essencial do processo estrutural o seu caráter bifásico, em uma analogia com o processo falimentar. A primeira fase seria destinada apenas a constatação da existência do problema e ao estabelecimento de um “estado ideal de coisas”, a meta a ser atingida pelo processo. “A instrução probatória deverá, neste momento, limitar-se a apurar a existência desse estado permanente/generalizado de desconformidade” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 45). Já a segunda fase seria dedicada à implementação da meta estabelecida, com a execução das medidas para tanto necessárias, associadas a atividade cognitiva relativa à identificação dos mecanismos de implementação necessários.

Essa proposta tem três problemas centrais, entremeados entre si. O primeiro é que ela mantém a cisão entre conhecimento e execução, que é característica do direito brasileiro, mas problemática para a implementação de mudanças estruturais. Um dos mecanismos importantes da jurisdição norte-americana é o *retainment of jurisdiction*. A retenção de jurisdição ocorre quando o juiz, apesar de decidir uma questão ou homologar um acordo, mantém jurisdição para decidir novamente sobre ela, no futuro, à luz de novos fatos. Seria um instituto similar ao debate da inexistência de preclusão *pro judicato* em matéria probatória, ou da possibilidade de reexame dos requisitos de admissibilidade de recurso, pelo relator, no momento de proferir a decisão definitiva, ainda que ele mesmo já tenha se pronunciado sobre a questão.⁵ A decisão anterior não é impeditiva da adoção de uma decisão posterior, sobre a mesma matéria. Essa situação também ocorre, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, em relações de trato sucessivo, como é o caso das ações de guarda, em que o juízo continua mantendo jurisdição para decidir as questões subsequentes à sentença original.

A retenção de jurisdição norte-americana generaliza essa proposta, para permitir que o juiz mantenha poder de decisão sobre a questão mesmo após a decisão de mérito, seja esta homologatória ou decorrente de análise da controvérsia pelo próprio magistrado. O Código de Processo Civil da Califórnia, por exemplo, prevê em seu art. 664.6 que, “se requerido pelas partes, o juízo pode manter jurisdição sobre a causa para executar um acordo, até que este seja

⁵ “A decisão que admite o processamento dos embargos de divergência não impede o Relator de, no momento da prolação da decisão definitiva, proceder a um novo exame sobre os requisitos de admissibilidade do recurso. Preclusão *pro judicato* inexistente” (AgInt nos EREsp 1446201/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 17/08/2016, DJe 19/09/2016).

cumprido em todos os seus termos”.⁶ A proposta de Didier, Zaneti e Oliveira, apesar de permitir algum grau de cognição na segunda fase do processo, quanto aos métodos de cumprimento, pressupõe que ela se dedicará apenas à implementação de uma meta já preestabelecida o que é contraindicado pela experiência estrangeira. O que o estudo do sistema norte-americano demonstra é que é importante que o juiz mantenha aberta a esfera cognitiva durante a etapa de implementação, não apenas para decidir sobre a sua metodologia executiva, mas também para, se for o caso, rever a ordem original.

O segundo problema deriva do fato de que a metodologia proposta pelos autores pressupõe que seja possível fazer um diagnóstico do problema e a definição do “estado ideal de coisas” antes mesmo de começar a implementar a solução. Isso também contraria a experiência internacional. Como lembram Feeley e Rubin, as decisões de governo, em todos os ramos, são tomadas com limitações de tempo, dinheiro e oportunidades para explorar alternativas antecipadamente. “A consideração desapaixionada e metódica de todas as possíveis opções é provavelmente encontrada com mais frequência em livros sobre políticas públicas do que no mundo real das decisões governamentais” (FEELEY; RUBIN, 1998, p. 204). Assim, se esse caráter experimentalista constitui uma característica de toda definição de política pública, seria ilusório pretender que o processo judicial pudesse estabelecer um diagnóstico da política pública, em abstrato e de forma completa, para depois implementar o diagnóstico desenhado.⁷ As decisões sobre políticas públicas, tanto na esfera judicial quanto na esfera política, decorrem, inevitavelmente, das constrictões que as cercam (temporais, financeiras, cognitivas), não da consideração sistemática de todas as possíveis alternativas.

Em terceiro lugar, a concepção do procedimento bifásico exige que se exclua a possibilidade de que as constatações verificadas durante a fase de implementação alterem ou até mesmo desdiguem o diagnóstico elaborado na primeira fase. Se as políticas públicas são dinâmicas, a compreensão do problema se aprofunda ao longo da intervenção, sendo possível que o diagnóstico original se mostre insuficiente, excessivo e equivocado.

⁶.*Sayta v. Chu*, 17 Cal. App. 5th 960 (1. Dist. Nov. 29, 2017).

⁷. Cabe mencionar que o caráter experimentalista das decisões em políticas públicas – decisões construídas e reconstruídas mediante tentativa e erro – é distinto do sentido a que Charles Sabel e William Simon atribuem a essa expressão. Esses autores propõem um modelo experimentalista de processo estrutural, que teria como características principais uma constante negociação entre os atores relevantes, a revisão contínua da performance das medidas adotadas e transparência das decisões. Embora esse modelo seja, essencialmente, o que esta obra propõe para o processo estrutural, o modelo aqui não é denominado experimentalista. Ver, SABEL; SIMON, 2004, p. 1016; FERRARO, 2015. p. 113.

O exemplo da dessegregação racial escolar, nos Estados Unidos, ilustra esse problema. Na medida em que a implementação das medidas necessárias para alocar alunos em escolas distintas, percebeu-se que a meta original, estabelecida em termos de percentuais, seria, em diversos casos, inalcançável, ou exigiria medidas gravosas demais para os próprios alunos supostamente beneficiados.

O exemplo mais emblemático foi o do *busing*, o transporte de crianças para escolas distantes das suas casas, para garantir a integração racial. Em 1971, no caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, a Suprema Corte entendeu que era lícita a determinação do *busing* como estratégia de dessegregação. Ao longo dos anos, essa medida passou a enfrentar forte resistência e críticas, tanto de pessoas brancas, quanto de pessoas negras, pelos evidentes transtornos que causava⁸. A repulsa ao transporte dos alunos fez com que sua efetividade fosse frustrada, com a migração de alunos brancos para escolas particulares, excluídas da regulamentação pública e com a mudança das famílias para os subúrbios, que ficavam em distritos escolares distintos, muitas vezes com subsídios e favorecimentos governamentais⁹.

Em 1974, a própria Suprema Corte restringiu os limites da sua decisão anterior, proibindo o transporte de alunos entre distritos escolares diferentes e esclarecendo que a dessegregação não seria obrigatória entre distritos escolares diferentes, se não tivesse havido política explícita de segregação anterior¹⁰. Em 2000, a justiça federal da Carolina do Norte determinou o encerramento da política de transporte de alunos e a Suprema Corte recusou a admissibilidade ao recurso, encerrando o período do *busing* no estado, ainda que as estatísticas demonstrem que as escolas norte-americanas são, atualmente, ainda mais racialmente segregadas do que eram na década de 1970, quando a política foi iniciada¹¹.

Independentemente do mérito, o que esse caso demonstra é que o diagnóstico inicial acerca de um litígio estrutural, assim como o objetivo estrutural que se pretende alcançar com o processo, não podem ser congelados em uma decisão inicial, para que, a partir dela, reste apenas a deliberação sobre técnicas de implementação. Na realidade, a implementação condiciona o diagnóstico anterior, podendo demonstrar que ele é excessivo e, portanto, inatingível, quanto para permitir a conclusão de que as metas eram tímidas demais e que é possível exigir mais do que havia sido pretendido.

⁸ Ver, por exemplo, FORMISANO, 2012. DELMONT, 2016.

⁹ Nesse sentido, ver ROTHSTEIN, 2017.

¹⁰ *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974)

¹¹ Ver ROTHSTEIN, 2017.

Em outras palavras, não há como ter clareza sobre o diagnóstico do litígio estrutural e sobre os limites e possibilidades de intervenção na realidade de maneira prévia e isolada das medidas de implementação. Se é verdade que o diagnóstico cria uma pauta de implementação, a implementação desdiz e condiciona a precisão do diagnóstico.

4. A proposta de Sérgio Arenhart: decisões em cascata

Sérgio Arenhart propõe que o desenvolvimento do processo estrutural deve ser pautado por decisões em cascata, partindo de um provimento mais genérico e avançando progressivamente em medidas mais específicas. Nas palavras do autor (2013, p. 389-410):

Por outro lado, é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principlológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação.

Embora a figura de linguagem da cascata não pareça a mais apropriada para descrever a proposta – uma vez que cascatas fluem apenas em um sentido e sempre no mesmo sentido – essa posição permite que se visualize um procedimento mais flexível e sujeito às idas e vindas de um processo que pretende intervir sobre uma vertente da realidade que é fluida, como são os litígios estruturais. Ela também incorpora o espaço de consenso, necessário (embora não essencial) para o sucesso das intervenções estruturais. Ainda que preveja, tal como na concepção anterior, uma primeira decisão diagnóstica, pondera que essa primeira decisão pode ser revista e, com isso, implicar revisão mesmo quanto ao âmbito de proteção originalmente delineado. Como afirma Arenhart, em trabalho mais recente, em coautoria com Gustavo Osna e Marco Félix Jobim, caberá ao magistrado “reexaminar o contexto e repensar o conteúdo do primeiro julgamento” (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 245).

O problema é que, enquanto a visão de Didier, Zaneti e Oliveira parece excessivamente rígida, ao exigir uma fase de diagnóstico antes de uma fase de implementação, a proposta de Arenhart pode soar, para quem pretende dedicar-se concretamente a um processo estrutural, caótica

demais. Não há um guia sobre o método para se desenvolver essa cascata de decisões, empiricamente. Em que momento essas decisões são tomadas? Elas se estendem entre conhecimento e cumprimento? De que forma, metodologicamente, deve o magistrado operar para constituir essa cascata? Como alertado no início deste texto, a experiência brasileira demonstra que os juízes, na falta de diretrizes, nem sempre são capazes de construir caminhos que sejam efetivos, o que acaba por resultar uma “ordinarização” do procedimento, recorrendo-se às disposições comuns do CPC.

Nesses termos, embora a flexibilidade seja importante e, como bem menciona Arenhart, não se possa pretender congelar o diagnóstico original para depois implementá-lo, a inexistência de um caminho procedimental mínimo pode induzir o juiz a, paradoxalmente, recorrer ao caminho que já conhece e que aplica mecanicamente, no dia-a-dia: o procedimento comum do CPC.

Assim, embora esteja correta a visão de que o processo estrutural é baseado em uma sucessão de decisões sobre o mesmo tema, parece necessário agregar algo mais a essa concepção, de modo a pensar em um caminho procedimental para o processo estrutural.

5. O procedimento estrutural como procedimento cíclico em espiral

O processo estrutural se desenvolve em fases, que podem ser retratadas como um ciclo que se desenvolve em espiral. Isso quer dizer que os temas precisam ser construídos e reconstruídos, revisitados progressivamente, para que se avance na resolução do litígio. Esse avanço não é linear, uma vez que há possibilidade de que serem necessários recuos e revisões de providências anteriormente determinadas, mas ele visa a progressão, daí o motivo pelo qual se utiliza a figura da espiral. A cada volta do ciclo, o tema é retomado, mas não à partir do zero, mas sim daqueles elementos que foram levantados no momento anterior.

Essencialmente, o percurso do procedimento, no processo estrutural, tem como fases de desenvolvimento:

- 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio;

- 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável;
- 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
- 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura;
- 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e,
- 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, o que significa, no contexto do processo estrutural, até que seja obtido o resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito.

Em termos metodológicos, isso pode ser elaborado a partir de algumas estratégias procedimentais, aproveitando-se de algumas técnicas já previstas, embora com outro perfil, no direito positivo.

5.1 Tutela provisória estrutural

A primeira técnica processual que seguramente é de grande utilidade para um processo estrutural é a tutela provisória. O juiz pode conceder decisões provisórias, com executividade imediata (art. 297, parágrafo único, CPC), para permitir que as medidas mais urgentes ou mais evidentes, necessárias à solução do litígio estrutural, sejam implementadas de imediato. Isso viabilizaria, por exemplo, que fossem iniciadas as providências práticas, de curto prazo, para o início da implementação do plano, bem como permite que as situações individuais mais prementes sejam atendidas, possibilitando que o processo estrutural e os pleitos individuais operem não em uma lógica de oposição, mas de complementação e reforço (SARLET, 2017. p. 226).

O uso adequado da tutela provisória permite que a elaboração e implementação do plano sejam iniciadas e progridam em paralelo às atividades de instrução. Com isso, as provas produzidas

refletirão, progressivamente, o impacto do plano sobre a realidade, em vez de refletirem apenas a situação existente antes do ajuizamento. Além disso, o caráter naturalmente mutável dessas decisões permite que elas sejam adaptadas, à medida em que as provas produzidas o indicarem.

Cabe recordar que ao cumprimento das decisões de tutela provisória se aplicam as regras do cumprimento provisório de sentença. Estas, por sua vez, determinam que o cumprimento provisório ocorrerá da mesma forma que o definitivo (art. 520). Apenas os atos de alienação dependeriam de caução. No entanto, o STJ já firmou posicionamento no sentido de que esta é inexigível quando o exequente é ente público,¹² uma vez que o Estado é, por definição, solvente para arcar com os eventuais prejuízos que decorram do cumprimento da medida.

Em síntese, se uma decisão em tutela provisória determinar a elaboração e implementação de um plano de reestruturação institucional, este poderá ser executado de imediato, o que possibilita que a colheita da prova ocorra em paralelo à implementação do plano. Isso contribui não apenas para a melhor aferição dos fatos que originam a demanda, mas também do comportamento da instituição após o início do desenvolvimento do plano. As transformações que forem se produzindo poderão ser levadas em conta na sentença e, quando se iniciar o cumprimento definitivo, este terá menos riscos de incidir sobre uma realidade já inexistente.

5.2 Audiências mistas de autocomposição, instrução e decisão

O CPC, ao longo de seus dispositivos, deixa clara a filosofia autocompositiva que o anima. Desde a norma fundamental que prega a solução consensual (art. 3º, §§2º e 3º), passando pela ampla viabilidade de negócios processuais, a obrigatoriedade, como regra, da audiência de tentativa de autocomposição anterior à contestação, dentre outros dispositivos, deixam transparente que a solução imposta não deve ser pensada como primeira opção.

Há que se ponderar, todavia, que o perfil básico da mediação, descrito na Lei 13.140/15, é inadequado para ser aplicado a um litígio estrutural. O mediador não terá condições nem autoridade suficiente para tentar encaminhar as partes para uma negociação produtiva, depois que ela já foi tentada e frustrada antes da propositura da demanda. É bom recordar que a solução de um problema estrutural pode depender de dialogar com altas autoridades do Poder

¹².Ver, por exemplo, REsp 82.269-SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 03/08/2004.

Executivo, tarefa para a qual o mediador não é treinado. As técnicas padronizadas de mediação, construídas a partir da Resolução 125/2010, do CNJ, foram pensadas para tratar de conflitos entre particulares e, especialmente, de conflitos familiares. Sua transposição para o contexto de um litígio estrutural parece pouco possível.¹³

A melhor alternativa, nessa situação, é a condução de audiências pelo juiz, nas quais se mescle o caráter de busca pelo consenso, ao mesmo tempo em que se produzem provas e, eventualmente, tomam-se decisões. Não há condições de promover uma cisão entre essas fases, sem que ambas militem em desfavor da efetividade uma da outra. De um lado, as partes darão pouco valor à tentativa de acordo, porque ele acabou de ser tentado durante o inquérito civil. De outro, tudo o que for apresentado e debatido nessa audiência não poderá ser aproveitado na instrução (princípio da confidencialidade da mediação, art. 2º, VII, da Lei 13.140/15), o que prejudica e retarda a elaboração do plano de transformação estrutural e da eventual futura decisão. Cabe observar que se houver outras ações, tramitando em juízos distintos, que também exerçam influência sobre o litígio, o art. 69, §2º, II, do CPC permite a realização de audiências conjuntas, ainda que os juízes sejam de ramos distintos do Poder Judiciário. Essa providência, além de salutar, pode facilmente ser arranjada com o uso de videoconferências. Nos Estados Unidos, há interessantes experiências de audiências realizadas simultaneamente em processos federais e estaduais.¹⁴

Assim, a busca pelo consenso, em processos estruturais, deveria seguir da seguinte maneira: o juiz convocaria uma audiência mista, de conciliação e instrução, antes mesmo da apresentação de contestação. Essa possibilidade é viabilizada pelo art. 139, incisos V e VI, do CPC, que permitem que o juiz promova, a qualquer tempo, a autocomposição e altere a ordem de produção dos meios de prova. Nas ações previdenciárias que tramitam perante os juizados especiais, aliás, é comum que a prova pericial seja produzida antes da contestação. Desde que a participação das partes na produção da prova seja garantida, não há impedimento legal a que se conduzam audiências de instrução antes da contestação. Pelo contrário, há expressa autorização.

¹³.Marcelo Abelha parece compartilhar da objeção feita no texto, mencionando a necessidade de que os mediadores e conciliadores sejam especialmente treinados para atuar em processos coletivos. Essa solução, no entanto, parece pouco prática, uma vez que os mediadores são auxiliares eventuais do juízo e seria problemático que eles fossem treinados para uma atuação que é altamente complexa, mas quantitativamente pouco recorrente. Além disso, conforme mencionado no texto, a atuação do juiz é importante para trazer para a mesa de audiência autoridades com efetivo potencial decisório. Ver, ABELHA, 2018. p. 147.

¹⁴.*In re Fresenius Granuflo/Naturalyte Dialysate Prods. Liab. Litig.*, 13-md-02428 (D. Mass. Oct. 14, 2015).

Dessa maneira, tratando-se de uma audiência mista e devidamente alertadas as partes dessa circunstância, os elementos de prova ali produzidos poderão ser aproveitados em futuras decisões. Também é salutar que, se essa audiência for realizada após a contestação, ela também seja palco para a realização do saneamento, valendo-se da disposição do art. 357, §3º, em cooperação com as partes. Poucas causas apresentam maior complexidade que um processo estrutural, de modo que será salutar que as partes estejam presentes para contribuir com a definição das questões que serão, posteriormente, objeto de instrução, e também com os aspectos jurídicos proeminentes da causa. Além disso, é relevante que, nesse momento, os meios de prova que serão admissíveis sejam debatidos com as partes, em seus mínimos detalhes, uma vez que não é atípico que o processo estrutural demanda provas complexas, de alto custo e elevado tempo de produção.

Em segundo lugar, o juiz deve convidar e, se for o caso, intimar os gestores da instituição que se pretende modificar, para que compareçam e se manifestem na audiência. O principal desafio do processo estrutural é produzir informação de qualidade, o que não ocorrerá se apenas os advogados falarem. É essencial que os próprios responsáveis pela atividade sobre a qual versa o processo sejam ouvidos e possam apresentar as suas visões sobre o caso. Isso seria uma modalidade de interrogatório livre (art. 139, VIII), em relação ao qual não incide revelia, mas que pode ser exigido por força do dever geral de cooperação (art. 6º) e da exigência de comportamento processual de boa-fé. Cabe recordar que aquele que altera a verdade dos fatos é reputado litigante de má-fé, passível de diversas punições (art. 80, II).

Presentes as partes e os gestores, é possível avaliar a conveniência de se convidar para a audiência também pessoas que pertençam à sociedade afetada pela política pública. Esse convite pode não ser conveniente em todas as audiências, em virtude da dificuldade de coordenação entre todos os presentes. No entanto, será importante em muitas delas, para que o juiz também possa conhecer a versão dos grupos prejudicados pelo litígio, não apenas dos gestores institucionais. Estes, é claro, sempre terão suas dificuldades a relatar, mas elas precisarão ser sopesadas com o sofrimento dos grupos. É frequente que os juízes sejam resistentes a esse tipo de intervenção, por considerá-la alheia à técnica jurídica. Trata-se de posicionamento equivocado, uma vez que as questões implicadas em um processo coletivo são complexas e, por isso mesmo, não encontram solução pré-concebida na lei. É preciso que o aspecto humano, por trás do problema, também seja conhecido pelo juiz.

Marcela Ferraro ressalta a importância de se revalorizar a oralidade na condução do processo estrutural (FERRARO, 2015. p. 170). As audiências são um ambiente apropriado para que os

gestores, o juiz, os legitimados coletivos, os representantes dos grupos impactados e os especialistas na matéria possam construir soluções, tanto no que tange ao direito material, à elaboração e implementação do plano, quanto relativamente à própria condução do processo, com a definição de temas e estratégias probatórias, definição de quesitos periciais, inspeções judiciais, questões controvertidas etc.

Nesse contexto, a audiência deve servir para fomentar um amplo debate entre as partes e com o juízo, no qual se apresentem os diversos aspectos do litígio e as razões que sustentam as posições de ambas as partes. Essa abertura ao diálogo já pode ampliar as chances de que se avance para um acordo. Cabe recordar que, conquanto as intimações ministeriais para comparecimento em audiências extrajudiciais tenham a mesma força das intimações judiciais (art. 8º, I e II, da Lei Complementar 75/93), é comum que autoridades mais elevadas, sobretudo do poder público, se sintam mais inclinadas a comparecer pessoalmente a uma audiência judicial do que a um evento extrajudicial, para o qual, muitas vezes, são enviados representantes com menor poder de decisão. Esse é um importante motivo pelo qual a frustração de um acordo fora do juízo não significa que ele também será inviabilizado, judicialmente. A condição para tanto é que a condução da audiência seja do juiz, não de um auxiliar. Autoridades dificilmente estarão dispostas a comparecer a uma audiência conduzida por um mediador, que não tenha poder decisório.

A segunda possibilidade interessante é a tentativa de um acordo parcial ou temporário. É comum que o TAC seja pensado como uma solução final para um problema, embora o próprio art. 2º, da resolução 179/17, do CNMP, estabeleça que ele pode também versar sobre medidas provisórias ou totais. Acordos parciais e temporários também podem ser propostos em juízo, como uma forma de minorar os problemas estruturais, sobretudo os de curto prazo.

Em terceiro lugar, podem ser tomadas, em audiência, decisões que permitam destravar aspectos para os quais a negociação não foi suficiente. Muitas vezes, a simples manifestação do juiz quanto à possibilidade de tomar a decisão é suficiente para alterar o panorama de negociação. Porém, se não for, uma vez que o ponto for efetivamente decidido e as partes o considerarem como superado (por exemplo, em razão do desprovimento ou da inviabilidade de um recurso), outros aspectos do problema poderão ser colocados à mesa.

Em síntese, a introdução do juiz no cenário de uma negociação frustrada extrajudicialmente altera, de modo significativo, as condições negociais, permitindo que: 1) se agregue a elas a visão de uma autoridade imparcial, que pode auxiliar na requalificação do problema e no

oferecimento de novas ideias para o seu avanço; 2) se tragam para a negociação autoridades mais graduadas, mediante intimação judicial; 3) se destravem aspectos da negociação mediante decisões judiciais que deixem mais claro para as partes qual será o encerramento da controvérsia, caso não haja acordo.

6. Conclusão

Do que foi exposto, percebe-se que a melhor forma de conceber o procedimento no processo estrutural é como uma espiral, ou seja, o ciclo que retoma, no presente, os temas já abordados anteriormente, para construir e evoluir sobre eles, mas, ao mesmo tempo, deixá-los ainda em posição de, eventualmente, serem revisitados no futuro. Conforme apresentado, a conjugação criativa de técnicas processuais tradicionais, já reguladas pelo CPC, para serem aplicadas até mesmo no processo individual, pode permitir que a implementação de medidas estruturantes ocorra em conjunto com a instrução, viabilizando que o juiz, ao mesclar atividades de conhecimento e execução, implemente ao mesmo tempo que decide e decida a partir dos feedbacks colhidos na atividade de implementação.

Rompe-se, com isso, a flecha da preclusão processual, que aponta inexoravelmente do passado para o futuro, para transformá-la em uma espiral, na qual conhecimento, decisão e implementação se posicionam em uma circularidade que se aprofunda gradualmente, no caminho para a solução do problema.

A não adoção dessas estratégias acarreta a necessidade de se cindir a decisão da execução, com o risco de que, durante a implementação, perceba-se que as medidas determinadas são inadequadas. É por essa razão que se rejeita a alternativa de estruturar o procedimento do processo estrutural de modo bifásico, dado que isso induz a conclusão de que os elementos formulados na primeira etapa não são passíveis de modificação no momento subsequente. Decisão e implementação devem, em nome da efetividade, seguir em paralelo, não de forma sucessiva, no contexto do processo estrutural.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Fundamentos da tutela coletiva*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista*

de processo, v. 225, p. 389-410, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: RT, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, v. 404, p. 29-34, 2009.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DELMONT, Matthew F. Why busing failed: race, media, and the national resistance to school desegregation. Berkeley: University of California Press, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 203, 2020, p. 45-81.

DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-106, 1979.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward. *Judicial Policy Making and the Modern State: how the Courts reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FERRARO, Marcella. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 113.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, 91, 1982, p. 635-197.

FORMISANO, Ronald P. Boston Against Busing: Race, Class, and Ethnicity in the 1960s and 1970s. Charlotte: University of North Carolina Press, 2012.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 398, 1978.

GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. *Virginia Law Review*, v. 93, p. 853-957, 2007.

ROTHSTEIN, Richard. *The Color of Law*. New York: Liveright Publishing Corporation, 2017.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016 e ss., 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 193-227.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e o Mínimo Existencial: notas sobre

um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 226 e ss.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, 2018.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2022a.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. 3.ed. São Paulo: RT, 2022b.