

USO EXCLUSIVO

REVISTA DE
PROCESSO

Ano 47 • vol. 330 • agosto 2022

DESMISTIFICANDO OS PROCESSOS ESTRUTURAIS – “PROCESSOS ESTRUTURAIS” E “SEGURANÇA JURÍDICA”

DEMISTIFYING THE STRUCTURAL LITIGATION – ‘STRUCTURAL LITIGATION’ AND ‘LEGAL CERTAINTY’

Acesse o QR Code e
leia este artigo em
Visual Law



SÉRGIO CRUZ ARENHART

Pós-doutor pela Università degli Studi di Firenze. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor Visitante na Universidade de Zagreb (Croácia). Professor Associado dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Procurador Regional da República e ex-juiz Federal.
arenhart@mpf.mp.br

GUSTAVO OSNA

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado e parecerista.
gustavo@mosadvocacia.com.br

Recebido em: 17.05.2022
Aprovado em: 03.06.2022

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: Os processos estruturais, ao longo dos últimos anos, têm assumido papel de destaque no processo civil brasileiro. Muitas vezes, porém, seu estudo acaba conduzindo à formação de alguns mitos – ligados à eventual incompatibilidade entre a técnica e garantias ou preceitos tradicionais do direito processual. O presente artigo possui como objeto de análise um deles: a potencial incongruência entre “processos estruturais” e “segurança jurídica”. Para conduzir a análise, apresenta-se, primeiramente, o que se entende por “segurança jurídica”. Após, são expostas algumas considerações a respeito dos “processos estruturais”. Por fim, demonstra-se como as peças podem se encaixar e servir para um aprimoramento da atividade jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil – Processo estrutural – Segurança jurídica – Consequencialismo.

ABSTRACT: Over the last years, structural litigation is receiving prominent attention at the Brazilian civil procedure. On many occasions, however, the study of such subject is leading to some myths – related to the incompatibility between the technique and procedural traditional rules or guarantees. This article analyses one of these myths: the potential incongruence between ‘structural litigation’ and ‘legal certainty’. In order to provide this investigation, we firstly describe what should be understood as ‘legal certainty’. After that, we provide some considerations regarding the idea of ‘structural injunctions’. At last, we argue that both pieces can fit and allow an important improvement of adjudication.

KEYWORDS: Civil litigation – Structural litigation – Legal certainty – Consequentialism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. "Segurança jurídica" e "processos estruturais": desmistificando a relação. 2.1. A "segurança jurídica" e seu conteúdo. 2.2. Como entender os "processos estruturais"? – Algumas notas. 2.3. Atando as pontas: os "processos estruturais" desafiam a "segurança jurídica"?. 2.4. Sem processo estruturais, com consequencialismo. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há estudioso do processo civil brasileiro que, ao longo dos últimos anos, não tenha se deparado com investigações ligadas à temática do processo estrutural. De fato, a propulsão acadêmica ligada à matéria é sensível, parecendo dialogar, em ampla medida, com a própria lacuna que sua aplicação pode suprir em nosso sistema jurídico¹. Em uma realidade talhada por problemas arraigados e complexos, é plenamente justificável que um percurso capaz de os enfrentar de modo mais acurado ingresse na ordem do dia.

Ao mesmo tempo que o avanço do tema se consolida, contudo, também surgem duvidades e ponderações ligadas ao seu uso. De maneira mais precisa, é comum que grandes conceitos, cláusulas ou ideias tradicionais de nosso pensamento jurídico sejam vistos como potencialmente conflitantes com o processo estrutural. Isso porque a efetivação dessa via impõe construções procedimentais providas de maior dinamismo e de acentuada flexibilidade. Não faltam, com isso, possíveis indagações.

Final, os processos estruturais possuem a suficiente harmonia com a ideia de "segurança jurídica"? Sua construção apresenta compatibilidade com nossa estrutura de "separação de poderes"? Em que medida a matéria observa, ou deixa de observar, as capacidades próprias de nossas instituições?

O presente artigo dá início a uma série de ensaios que pretende enfrentar, especificamente, cada uma dessas três questões. Para tanto, seu objeto corresponde à primeira, procurando aferir como "processo estrutural" e "segurança jurídica" podem (e devem) se colocar na mesma página. Na realidade, conforme será visto, consideramos que a devida compreensão de cada uma dessas pontas desvela existir aí um falso problema.

Construindo esse raciocínio, o artigo se inicia com uma breve exposição da própria ideia de "segurança jurídica", bem como de sua colocação central em nosso atual ordenamento. Após, são traçadas considerações relacionadas à dinâmica do "processo estrutural" – buscando esclarecer seus verdadeiros contornos. Por fim, pretende-se atar as pontas, denotando a plena possibilidade de diálogo.

1. Para uma exposição ampla da matéria, ver ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

2. "SEGURANÇA JURÍDICA" E "PROCESSOS ESTRUTURAIS": DESMISTIFICANDO A RELAÇÃO

2.1. A "segurança jurídica" e seu conteúdo

Nesses termos, a primeira peça aqui trazida ao tabuleiro diz respeito à própria compreensão da ideia de "segurança jurídica". Em resumo, é imprescindível destacar, ainda que de maneira breve, no que referida cláusula consiste – extraindo-se seus principais vetores deontológicos e axiológicos.

Ao afirmar-se que determinado ambiente deve dispor de "segurança jurídica", que tipo de desdobramento é nele exigível ou esperado? Qual a inserção topográfica de tal vetor em nosso sistema, assim como sua condição hierárquica? De que maneira a garantia em questão dialoga com o processo civil?

O presente ensaio não busca esgotar a literatura ou o debate ligados a cada um desses pontos. Para os presentes fins, contudo, é possível firmar de antemão uma premissa: em nossa visão, a ideia de "segurança jurídica" se insere, atualmente, no quadro constitucional do processo civil brasileiro. Como consequência, é preciso adotar como ponto de partida sua fundamentalidade, fazendo com que qualquer interpretação ligada ao ponto considere adequadamente tal questão².

A ressalva é relevante na medida em que a porosidade e a abertura do conceito poderiam levar a diferentes caminhos, criando o risco de que sua opacidade desvirtuasse sua própria aplicação. Em poucas palavras, se tudo for concebido como corolário da "segurança jurídica", é possível que nada seja assim seriamente considerado. Em decorrência, torna-se indispensável a construção de alicerces sólidos, voltados a conferir concretude ao tema.

Esse desafio é especialmente assumido em nossa doutrina por Humberto Ávila. Ainda que o enfoque do autor seja o Direito Tributário, considera-se oportuno extrair de suas ideias que um sistema verdadeiramente seguro deveria apresentar, ao menos,

-
2. Afinal, como defendido por Ingo Sarlet, "Os direitos fundamentais implicam deveres de proteção do Estado, impondo aos órgãos estatais a obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões por parte de particulares e até mesmo por parte de outros Estados [...] Por força dos deveres de proteção, aos órgãos estatais incumbe assegurar níveis eficientes de proteção para os diversos bens fundamentais, o que implica não apenas a vedação de omissões, mas também a proibição de uma proteção manifestamente insuficiente, tudo sujeito a controle por parte dos órgãos estatais, inclusive por parte do Poder Judiciário. Assim, os deveres de proteção implicam deveres de atuação (prestação) do Estado e, no plano da dimensão subjetiva – na condição de direitos à proteção –, inserem-se no conceito de direitos a prestações (direitos à proteção) estatais" (SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367-368).

três características centrais: (i) a cognoscibilidade; (ii) a confiabilidade; e, (iii) a calculabilidade³. Em cada um dos pontos, residiria um postulado nuclear para o ambiente normativo de um Estado que se proponha a assumir os atributos de Democrático e de Direito – caso do nosso.

Iniciando pela primeira das pontas, Ávila denota que não há como o contexto social e jurídico se mostrar minimamente seguro sem que suas bases possam ser suficientemente entendidas pelo destinatário. *Mutatis mutandi*, parece haver, aí, um diálogo com o próprio papel hoje imputado, por autores como Bo Rothstein, à cultura democrática na formação do ideário da democracia⁴. Não há como supor participação sem que existam as bases cognitivas aptas a materializá-la; não há como reconhecer segurança sem que os postulados orientadores e prescritivos do sistema jurídico sejam de fato compreendidos⁵. Isso, sem prejuízo da inevitável textura aberta do Direito.

Ao lado desse fator, e de maneira complementar, a formação de um contexto provido de segurança também exigiria uma correlata confiabilidade. Nem poderia ser diferente. Em resumo, ao mesmo tempo que o núcleo de obrigações subjetivamente oponíveis deve ser passível de compreensão, é imperativo que lhe seja dada perenidade mínima para que a lógica de orientação verdadeiramente se efetive. Em poucas palavras, de nada adiantaria supor que o Direito pode nortear condutas caso seus postulados se alterassem de modo descontínuo e recorrente. Nessa hipótese, em vez de orientar adequadamente o cidadão, o mundo jurídico acabaria por exercer papel rigorosamente oposto – desnordeando-o⁶.

Por fim, Ávila agrega a esses dois fatores, ainda, a exigência de calculabilidade. Aqui, em certa medida, busca-se estabelecer critério de fechamento apto a impedir que a

3. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* – Entre permanência e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 250.

4. ROTHSTEIN, Bo. *Social traps and the problem of trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

5. “A ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como a capacidade de o contribuinte ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação (serviço é obrigação de fazer), pode apresentar, em maior ou em menor medida, margens de indeterminação (operação de *leasing* envolve ou não um serviço?). Adota-se, pois, uma concepção determinável da interpretação, no sentido de que as regras contêm conceitos, contudo, estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados, possuindo, entretanto, núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao longo do seu uso, dos quais o intérprete não pode se afastar” (ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 250-251).

6. “Confiabilidade, no lugar de imutabilidade, porque a CF/88, a par de prever cláusulas pétreas, que tornam mais difícil a mudança, mas pressupõe a sua possibilidade, prevê o princípio do Estado Social de Direito, o qual exige que o Estado cumpra sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais [...] tais modificações, todavia, devem assegurar estabilidade e continuidade normativas, visto que os direitos de propriedade e de liberdade pressupõem um mínimo de permanência das regras válidas como condição para que o homem possa livremente plasmar sua própria vida” (Ibidem, p. 251).

procura por segurança leve, involuntariamente, a um ambiente de anacronismo ou de estagnação. É que, devido ao seu papel regulador e ao próprio dinamismo da sociedade, parece certo que o Direito (para não ser obsoleto) deve também possuir certa ductibilidade (na expressão de Zagrebelsky⁷). A sua transição, porém, deve ser antecipável o bastante para evitar que o sujeito que se orientou a partir de determinado modal então hígido seja, posteriormente, prejudicado. Trata-se, em última análise, de via de proteção de legítima confiança⁸.

Evidentemente, a construção do autor possui desdobramentos sensivelmente mais complexos. Ainda assim, os elementos apresentados já compõem um enredo mínimo para que a noção de “segurança jurídica” possa ser entendida. Mais que isso, é possível extrair deles um significativo vetor teleológico: a existência de um ambiente jurídico seguro é indispensável para que o Direito exerça legitimamente suas funções reguladora e orientadora. A proeminência do tema, então, é basilar.

De que modo, porém, essa questão impacta o direito processual civil? Em que medida a valorização da segurança jurídica deve surtir consequências no *design* do processo e dos seus mecanismos?

Sintetizando o problema, seria possível supor que o direito processual civil poderia, em conexão a esse vetor, ver-se instado a exercer um duplo papel. Primeiramente, mostrando-se ele próprio *seguro* o bastante para os seus atores – razão pela qual, por exemplo, nosso sistema veda a flexibilização de prazos processuais em sentido *reductor* e presta-belece garantias mínimas para os atores da disputa⁹. E, em outro, produzindo respostas igualmente *seguras*, em observância aos postulados essenciais de nosso sistema.

O primeiro ponto é, em larga medida, o responsável pela consolidação no direito continental de um processo eminentemente formal. Já o segundo tem recentemente ensejado a defesa da construção e da valorização da ideia de *precedentes* no processo civil brasileiro – zelando-se pela unicidade de sua atuação.

7. Assim, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

8. “É mais correto falar em calculabilidade, em duas dimensões. No que se refere aos conteúdos normativos a serem atribuídos às normas vigentes no momento da ação, como a elevada capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas atribuíveis abstratamente a fatos ou a atos, próprios ou alheios, e o espectro de tempo dentro do qual a consequência será definida [...] no que se refere à modificabilidade das normas, a calculabilidade deve ser entendida como a elevada capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas: embora o Poder Legislativo tenha competência para inovar o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais só serão efetivamente respeitados se as inovações não forem bruscas, drásticas e desleais” (ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 252).

9. Veja-se, nesse sentido, que o Código de Processo Civil traz ao juiz o poder-dever de “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, inc. VI). Como consequência, eventual redução, ainda que pretensamente voltada ao mesmo fim, não seria tolerada.

De fato, e ainda que a questão não possa ser aqui esmiuçada, a própria formação da ideia de precedentes possui sua importância calcada na percepção da inevitabilidade da interpretação; no reconhecimento de que de um mesmo texto podem ser razoavelmente extraídas diferentes normas, gerando um constante risco de inconsistências¹⁰. Diante dessa percepção, o mito da completude do ordenamento normativo é colocado na linha de tiro: a lei não oferece resposta para tudo, e, mais que isso, a partir dela sequer é possível se afirmar categoricamente que somente uma resposta poderia ser casuisticamente alcançada¹¹. Com isso, evidentemente, também a tutela da segurança seria posta em xeque.

Colocando essa constatação em outros termos, o que se vê é que um mesmo enunciado normativo, ao ser aplicado por juízes diversos, pode sê-lo também de maneira diversa. Avaliando o preenchimento ou não da função social do contrato diante de determinada

10. Nas palavras de Frank, que “the problem is, in part, one of what today we call “semantics”. Words serve as symbols. As such, necessarily they are somewhat compressed, condensed. Does the legislature’s compression which omits some particulars, indicate an intention to omit them? The judges must determine the proper limits of expansion of the condensed symbols. Judges often differ among themselves as to the appropriate amount of such expansion. The varieties of human experiences are legion. They cannot be dealt with in mathematical. What, for instance, does the word “value” or the word “employees” mean when found in a statute? Were a legislature to try to tie down the courts by over-precise words, it would often defeat itself” (FRANK, Jerome. *Courts on Trial*. New York: Princeton University Press, 1949. p. 294).
11. Observando esse elemento, Schauer nota que o reconhecimento da abertura interpretativa faz com que um mesmo suporte possa ser compreendido de modo substancialmente diverso por diferentes atores. Problematicando a questão, o autor assim pontua: “under what circumstances will which officials be given the freedom to exercise their own judgment and make their own choices, and under what circumstances will that freedom be constrained or even mostly eliminated? When a judge is determining which custody decision is in the best interests of the child, for example, she might be faced with a choice between a wealthy mother who can provide the child with high-quality education, housing, recreation, and culture and a less wealthy father who appears to understand the child better than the mother. Under these circumstances, some judges would prefer the mother and others the father, but the basic idea of discretion is that neither of these decisions, given the “best interests of the child” standard, would be legally incorrect. People might criticize one or the other decision for being morally wrong, psychologically ignorant, or based on erroneous factual premises, and so it would not be correct to say that the two decisions are equally right. But it would be correct to say that the two decisions are equally legally right, and thus that either decision would, in the ordinary course of things, be upheld on appeal”. Corroborando a questão, e valendo-se do próprio pensamento de Schauer, também Bruno Torrano percebe que a abertura de caminhos é consequência lógica da porosidade, afirmando que “é tarefa fácil imaginar situações em que, a despeito de a discussão envolver uma situação juridicamente regulada, há, de um lado, cuidado excessivo na argumentação, mas, de outro, continuam existindo possibilidades decisórias igualmente bem fundamentadas, que apontam para lado diverso. Eis, aí, outra ideia central da discricionariedade, que recomenda que esse termo seja utilizado em sentido amplo: a completa e fatal inexistência de critérios seguros para dizer que uma das decisões possíveis em um caso regulado é legalmente incorreta” (SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 190; TORRANO, Bruno. *Dofato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 167).

operação comercial, é viável que magistrados cheguem a conclusões diferentes, por mais que exista similitude entre as circunstâncias materiais. Observando o cabimento ou não de repetição em dobro por valores indevidamente pagos, é factível que situações idênticas, vivenciadas por uma pluralidade de consumidores, recebam respostas substancialmente diversas. Cada um desses aspectos demonstra que a pluralidade interpretativa deve ser vista como algo inevitável. Não obstante, a aceitação rigorosa de seus efeitos, sem que sejam adotadas medidas voltadas a mitigá-los, pode se mostrar patológica.

Enfim, a cisão entre texto e norma, ao superar a ideia de que o ordenamento normativo é capaz de regrear satisfatoriamente todas as circunstâncias do mundo fático, também traz consigo uma consequência imediata: a possibilidade de que diferentes sujeitos, por mais que providos de situações similares, recebam respostas incompatíveis do órgão jurisdicional. Nesse cenário, *nada* assegura que o valor mínimo da igualdade possa ser preservado, e *tudo* leva a crer que há perigos à consolidação de um ambiente seguro. Cria-se, então, uma indesejável lacuna.

É precisamente nesse ponto, procurando de algum modo mitigar a insegurança, a ausência de calculabilidade e a quebra de isonomia, que o discurso dos precedentes judiciais passa a se inserir. Por meio deles, pretende-se trazer uma salvaguarda para as externalidades negativas da pluralidade interpretativa: se a existência de diferentes leituras a partir de um mesmo texto é inevitável, a única saída possível é procurar reconhecer uma das possíveis normas como aquela a ser uniformemente aplicável; é perceber que, por mais que outras análises fossem viáveis, é sistemicamente benéfico tomar somente uma delas como efetiva¹². Trata-se, como dito, de corolário da segurança jurídica (e da sua pertinência) no arranjo do processo¹³.

12. Cabe destacar, contudo, que a previsibilidade sistêmica trazida pelos precedentes não é absoluta – seja pela sua própria mutabilidade, seja pelo fato de, casuisticamente, também a sua estrutura e o seu âmbito de aplicabilidade dever ser objeto de interpretação. O aspecto não esvazia a pertinência do recurso aos precedentes, mas deve trazer importantes tempos para a sua aplicação. Nesse sentido, ver KOZEL, Randy J. Precedent and reliance. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 62, 2013. p. 1459 e ss.

13. Até por isso, como nota Daniel Mitidiero, a composição de precedentes exige a consolidação de um real modelo de Corte Suprema (e não apenas Superior) em nossos órgãos de vértice. Nas palavras do autor, “a Corte Suprema – seja como corte de vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional alocada pra fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre texto e norma jurídica [...] é competente para orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados para a consecução da unidade do Direito. A função da Corte Suprema é proativa, de modo que via a orientar a interpretação e aplicação do Direito por parte da sociedade civil, por parte de seus próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais, tendo a sua atuação direcionada para o futuro [...] a eficácia das decisões da Corte Suprema vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário, constituindo o precedente fonte primária do Direito” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 54).

2.2. Como entender os “processos estruturais”? – Algumas notas

Compreendido o primeiro pilar central para a presente observação, é possível direcionar os olhos ao segundo elemento que integra o seu núcleo: os ditos “processos estruturais”. Conforme destacado em outras oportunidades, trata-se de conceito bastante debatido e controverso¹⁴. Aqui, considera-se possível fixar, precariamente, que o principal traço diferenciador da temática corresponde à sua capacidade de lidar mais adequadamente com problemas que dispõem de atributos como a multipolaridade e/ou que exigem respostas prospectivas capazes de dar conta de circunstâncias complexas¹⁵.

Compreendida sob esse ângulo, a matéria corresponde a um importante mecanismo para permitir a tutela jurisdicional em um sem-número de situações que não podem ser acertadamente compreendidas a partir do *tudo* ou do *nada*¹⁶. Nessa espécie de

14. Como exemplo, veja-se que, ao se preocupar com a delimitação conceitual de ideias providas de afinidade (como “litígio estrutural” e “processo estrutural”, Vitorelli afirma que “processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, 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 indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura”. Por sua vez, colocando ênfase na *decisão* exarada no âmbito de uma medida estrutural, Didier, Zaneti e Oliveira sustentam que “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 representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas”. Assim, VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, 2018; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, 2017. Ainda, expondo diferentes manifestações doutrinárias ligadas ao problema e aos seus desdobramentos, cita-se ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (Org.). *Processos estruturais*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022.
15. Para compreensão ampla da temática, e aferição dessas características, ver ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*, cit.
16. Sobre o tema, ver, OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 493 e ss.

circunstância, marcada pela inviabilidade ou pelos perigos de uma proteção imediata, chega-se a uma via mais rente e ótima de atuação. Como peça mais importante, admite-se que o reconhecimento de um Direito pode não importar na sua pronta efetivação; que, na expressão de Chayes, os momentos de *right* e de *remedy* podem (e por vezes devem) ser cindidos – rompendo com a unicidade que é usual¹⁷.

Mais do que esmiuçar as investigações teóricas ligadas ao conceito, parece especialmente importante identificar situações concretas em que essa abertura do processo já foi vista em nossa realidade. Isso, inclusive, pelo fato de se considerar que essa gênese prática compõe o real pano de fundo ideológico da matéria¹⁸.

Para ilustrar essa afirmação, um primeiro caso merecedor de nota é dado por medida coletiva, proposta no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, tendo como fundo a situação de servidores não concursados. Em síntese, tratava-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, em que se buscava a extinção dos contratos de pessoal terceirizado que trabalhava no Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná. No entender da Procuradoria do Trabalho, a terceirização dos serviços (de enfermagem e de farmácia) ofendia as regras trabalhistas, de modo que tais contratos deveriam ser rescindidos. Segundo a Universidade Federal do Paraná, porém, a extinção imediata de tais contratos inviabilizaria as atividades do hospital universitário – que também é o principal responsável pelo atendimento ao SUS no Paraná – porque aquele pessoal representava aproximadamente a metade dos trabalhadores das áreas de enfermagem e farmácia disponíveis.

Obviamente, uma solução que se limitasse a aplicar a legislação trabalhista e extinguísse os contratos de terceirização poderia ser correta do ponto de vista formal, mas certamente traria consequências nefastas para a gestão da saúde pública (especialmente em favor das pessoas mais pobres) no Paraná, já que tais vagas não seriam repostas de imediato por servidores públicos concursados. De outro lado, uma sentença que se negasse a extinguir tais contratos poderia ser vista como incorreta, do ponto de vista da legislação laboral.

Enfim, não é difícil notar que as respostas binárias facultadas pelo processo civil clássico seriam materialmente inócuas. Por esse motivo, a solução adotada, então, pelo Juiz do Trabalho responsável pela demanda, Dr. Leonardo Wandelli, foi compor um acordo de longo prazo entre as partes, estipulando metas de “substituição” dos terceirizados por servidores públicos. Nos termos da conciliação, a Universidade demitiria os terceirizados à medida que conseguisse vagas para concursos públicos (para os mesmos postos); ademais, a cada dois anos, as partes deveriam reunir-se em juízo para avaliar a progressão

17. Ver CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 96, 1982.

18. Ver OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, maio-agosto. 2020. p. 251-278.

dessa “substituição”. Em outros termos, agiu-se de modo rente àquilo que nossa doutrina costuma alcunhar como “estrutural”.

Um segundo exemplo, também merecedor de nota em nossa realidade, pode ser encontrado em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Estado do Rio de Janeiro e da sociedade Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S.A. Também ali, o próprio *Parquet* percebeu de antemão a essência *estrutural* do debate – indicando a necessidade de que seu enfrentamento se valesse desse enfoque.

Nessa ocasião, destacou-se em inicial, preliminarmente, ser objeto da medida a “promoção de adequadas condições de acessibilidade para pessoas com deficiência nos trens e estações localizadas no município do Rio de Janeiro, operados pela concessionária Supervia”. Na sequência, após minuciosa demonstração da complexidade do tema e da alegada inviabilidade de sua pronta resolução, foi então emoldurada a natureza *estrutural* do debate.

Foi precisamente diante disso que se afirmou que

“a presente demanda, diante da sua complexidade, dinamicidade e diversidade de interesses deve ser reconhecida como litígio estrutural, isto porque, apesar de toda esta complexidade, não se pode afastar a urgência do caso, eis que a cada dia um sem-número de pessoas com deficiência veem seu direito fundamental social vinculado.”

Premissa que repercutiu diretamente nos pedidos formulados, voltados a corrigir a situação de ilegalidade de modo continuado e prospectivo.

Por fim, e ainda que inúmeros outros casos pudessem ser apresentados¹⁹, é cabível referência a uma terceira situação. Trata-se da ação civil pública manejada pela Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI em face da União Federal e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Em tal ocasião, formulou-se pleito voltado a uma recomposição institucional ampla das atuais atividades da autarquia, marcadas por déficits e por desconformidades. Buscando aprimorar esse ambiente, sem desconsiderar suas idiossincrasias, o pleito já foi originalmente distribuído com natureza *estrutural* – formulando narrativa e pedidos aderentes a esse campo.

De fato, nessa oportunidade, a associação autora requereu, em inicial, a imposição ao réu INPI do dever de apresentar “plano detalhado de medidas e providências estruturais a serem adotadas para aprimoramento de suas atividades, no curto, médio e longo prazo”. Isso, repete-se, após descrição do problema posto como harmônico ao processo estrutural. Ratificando esse acoplamento, suscitou-se, ainda, que referido plano deveria conter, no mínimo, e entre outros fatores, o “diagnóstico atual de funcionamento da

19. Como indicado, o atual artigo integra uma série de três textos. Assim, os demais ensaios enfrentam a temática dos processos estruturais com menção a situações concretas diversas.

autarquia, identificando pontos de inefetividade e de ineficiência, a partir de parâmetros técnicos e comparados”, a “identificação de necessidades materiais, orçamentárias e funcionais necessárias para aprimoramento dos déficits em questão” e a “apresentação de cronograma detalhado para a adoção das providências [...] bem como de sua respectiva previsão orçamentária”.

Após exercício de contraditório e tentativas infrutíferas de autocomposição, a medida foi sentenciada em 12 de abril de 2022. E, nessa ocasião, a Juíza Federal responsável pela apreciação do feito, Dra. Caroline Somesom Tauk, reconheceu de maneira explícita a natureza estrutural do problema – estabelecendo tal pensamento como leme do debate, para, a partir disso, determinar a adoção de medidas voltadas a viabilizar um aprimoramento gradual do setor.

Enquadrando esse pensamento, estabeleceu inicialmente a magistrada que

“todo o contexto fático [...] demonstra a complexidade do problema, que é crônico, como reconhecido pela Suprema Corte, e a necessidade de alteração do funcionamento da estrutura do INPI. Sem esta alteração, o problema não será resolvido. Pouco adianta a imposição de exigências e recomendações à autarquia, sem conferir condições materiais para seu cumprimento, situação que contrasta com sua capacidade econômico-financeira e as elevadas receitas que ela proporciona à União. A concentração de esforços pode aparentar resolver o problema, como se vem tentando fazer por meio de Planos como o de Combate ao Backlog, no entanto, ele será apenas momentaneamente resolvido e surgirá novamente no futuro.”

Sob esse prisma, assim, somente uma ação continuada e prospectiva poderia dar conta do problema. Foi partindo disso que se fixou que o

“INPI deve ser condenado a apresentar relatório diagnóstico atualizado e detalhado do funcionamento da autarquia e de suas necessidades materiais, orçamentárias e funcionais para a prestação adequada dos serviços de proteção do sistema de propriedade industrial. E, com base neste relatório, apresentar um planejamento para a reestruturação de seu funcionamento, indicando todas as medidas e providências para fazer desaparecer a desconformidade estrutural.”

E, do mesmo modo, reconheceu-se a necessidade de se condenar a União

“a sanar a desconformidade estrutural existente no sistema brasileiro de proteção da propriedade industrial, por meio do repasse ao INPI dos recursos orçamentários necessários para a execução do planejamento homologado pelo Juízo, observando o respectivo cronograma.”

Como se vê, também nessa oportunidade houve um agir mais criativo e aderente à realidade, encorajado e permitido pela construção dos processos estruturais. Sob esse ângulo, considera-se bastante claro que a matéria possui condição de agregar importantes peças ao processo civil brasileiro.

2.3. *Atando as pontas: os “processos estruturais” desafiam a “segurança jurídica”?*

Enfim, com essas considerações, torna-se possível desmistificar uma primeira ponderação usualmente posta desfavoravelmente aos “processos estruturais”. Afinal, sua aplicação é contraditória à lógica da “segurança jurídica”? A plasticidade exigida e proiciada por esse mecanismo fere esse postulado?

O cerne do problema, aqui, parece residir no fato de a complexidade própria aos problemas estruturais, de fato, exigir um constante trabalho de ajuste e de recomposição; pela circunstância de as medidas adotadas no curso do processo serem maleáveis e alteráveis – não se sujeitando (e sequer podendo de sujeitar) a um regime tradicional de preclusão²⁰.

Sem prejuízo desse aspecto, porém, as respostas às indagações apresentadas nos parecem decididamente negativas. Em verdade, acreditamos que o caminho das medidas estruturais não apenas *não* fere o postulado da segurança, mas, ainda, pode servir como alternativa a respostas puramente consequencialistas que ensejam essa lesão.

Para construir esse raciocínio, uma primeira ressalva a ser sublinhada é que a própria “segurança jurídica”, por mais que seja essencial em nosso arranjo jurídico, deve ser hoje compreendida a partir de parâmetros de viabilidade e de facticidade. Sob esse prisma, sua densificação deve ser constantemente maximizada, mas uma certeza absoluta seguirá se mostrando inatingível²¹. Trata-se de consequência da própria condição retórica e argumentativa do Direito²².

Não bastasse, e olhando especificamente para o campo do processo civil, é oportuno lembrar que um modelo inteiramente previsível e preestabelecido poderia sequer ser desejável. E isso porque, ao se inserir no coração funcional da disciplina a tutela de direitos, torna-se inevitável que sejam outorgados ao órgão julgador os poderes necessários para efetivar essa tutela. E a realidade sempre será mais rica do que qualquer normatização ou teoria poderia supor.

Em termos procedimentais, esse elemento leva à necessidade de que se pense em ritos e em meios de atuação mais *flexíveis* – percebendo-se que a realidade concreta não pode ser resumida em qualquer tipo de previsão legal. O discurso reforça também a importância das técnicas processuais abertas, capazes de se amoldar às exigências do caso concreto. Em poucas palavras, operam-se modificações ideológicas e normativas na compreensão do processo, formando um caldo que parece mais compatível com o pano de fundo que marca a realidade das medidas estruturais.

20. Assim, esmiuçando a questão, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*, cit.

21. Assim, passim, ÁVILA, Humberto. Op. cit.

22. Ver, sobre o tema, MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Indo adiante, e conferindo suporte legislativo definitivo para essa guinada, o Código de Processo Civil de 2015 parece dar importantes passos em sua direção. Seja no que diz respeito à maleabilidade procedimental, seja no que se refere à abertura de técnicas e de meios passíveis de utilização pelo Poder Judiciário, o diploma abre novas portas para que a atividade jurisdicional se adeque à realidade – podendo, com isso, aperfeiçoar sua atuação. Como exemplo, merecem menção aspectos como a possibilidade de adoção de medidas de *cooperação nacional* entre diferentes juízes *concertantes*, assim como a aceitação de técnicas atípicas de efetivação. Em qualquer dos casos, o que se nota é que há uma mudança ideológica relevante – fazendo com que a crença na plena suficiência de um procedimento *neutro* e *preestabelecido* se veja obrigada a sucumbir.

O argumento supra, porém, sequer parece ser o principal motivo que corrobora o fato de os “processos estruturais” não possuírem imediata colisão com a tutela da “segurança jurídica”. Além dele, o ponto-chave a ser notado é que referido postulado corresponde a uma *garantia* protetiva ligada à confiabilidade no Direito. E, ao agir estruturalmente, o Judiciário *não inova* o direito material problemático ou litigioso, mas apenas impõe tratamento *gradual* e *factível* à sua proteção.

Essa situação pode ser ilustrada a partir das próprias circunstâncias concretas mencionadas anteriormente. Afinal, em cada uma delas a resposta a ser *materialmente* dada ao problema se afeiçoaria calculável – a partir do enquadramento normativo da situação. Nada há no mérito decisório, assim, que possa ser visto como surpreendente, em qualquer dimensão.

De fato, observando o problema relacionado aos servidores não concursados que atuavam no Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, não parece problemático constatar que o certame seria de fato necessário. Pelo contrário, é essa a diretriz facilmente obtida a partir de nosso arcabouço normativo.

Sob o mesmo ângulo, enfrentando a questão ligada à acessibilidade das estações de transporte, quer parecer que a resposta *material* dada ao problema também foi bastante óbvia. Ora, ainda que se pudesse suscitar eventual debate a respeito da responsabilidade financeira pela correção desse déficit, não soa razoável que algum dos atores envolvidos pudesse arguir que as estações deveriam, de fato, possuir entradas inacessíveis. A ofensa a direitos fundamentais é clara e inequívoca.

Enfim, também o cenário existente em nosso ambiente afeto à propriedade industrial deveria ser inegavelmente objeto de correção. Considerando pronunciamento explícito ligado à matéria já proferido pelo Supremo Tribunal Federal²³, mostrou-se translúcida a

23. Com efeito, ao apreciar a ADI 5.529 o relator do feito, Min. Dias Toffoli, fez constar que “A demora no tempo de exame das patentes é uma realidade que precisa, de fato, ser combatida, para garantir segurança jurídica a todos agentes do mercado. Nada justifica um período de exame administrativo de cerca de dez anos, como se observa atualmente em determinadas divisões técnicas da autarquia federal, a exemplo das de telecomunicações e fármacos. Precisamos combater as causas de tamanha demora, as quais foram muito bem delineadas no Relatório de Auditoria 015.396/2019-6

existência de um déficit operacional ligado à matéria. Mais que isso, que o agir do INPI deve se dar de modo autônomo, técnico e independente é algo que, à luz de nosso sistema normativo, parece ser irrefutavelmente compreensível.

Assim, apreciando o tema em perspectiva, nota-se que o processo estrutural em *nada* parece ferir a segurança jurídica do réu. Na realidade, se ele impõe ao demandado alguma surpresa, ela só pode ser vista como *positiva* – por lhe permitir um percurso mais brando e maleável de recomposição. Basta lembrar que, caso a técnica não fosse admitida, as opções restantes seriam apenas o *tudo* e o *nada*; a *imediata tutela* da situação material ou a *negligência* da violação normativa. Como a última opção parece pouco tolerável, a carta sobranse, então, seria a imposição de um comando imediato – ainda que infactível ou globalmente gravoso.

Se no exemplo antes indicado se houvesse determinado o desligamento de todos os prestadores de serviço não concursados do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, o efeito deletério trazido pela decisão (inviabilizando o próprio sistema público de saúde do ente) não poderia ser desastroso? Haveria viabilidade material em eventual ordem que impusesse um aprimoramento pronto e imediato dos serviços do INPI? Esse imbróglio não existiria, também, caso se determinasse uma reconstrução das entradas e saídas de estações de transporte público do Rio de Janeiro/RJ em prazo demasiadamente exíguo?

Ora, em todas essas hipóteses, a resposta decorrente do sistema jurídico coincidiria com a necessidade de proteção. Repete-se: o administrador que contrata sem concurso incorre em violação normativa; o gestor que desrespeita direitos fundamentais viola imposição jurídica; o empreendedor que ocasiona degradação ambiental faz incidir sobre si a obrigação de reparar. Não parece seriamente questionável que qualquer desses aspectos não fosse suficientemente compreensível ou estável, à luz do direito material.

Sendo esse o caso, o que a tutela estrutural propicia é um realinhamento predominantemente ligado à *forma* de consolidação dessa proteção. Nada há, na ductibilidade que lhe é própria, de prejudicial ao réu. Como dito, a única resposta diversa, que não configurasse uma omissão ao direito, tenderia a lhe ser substancialmente mais gravosa.

(Acórdão 1199/2020 – Plenário) do Tribunal de Contas da União e desvelam uma confluência de fatores. Não devemos baixar o padrão de qualidade das análises realizadas pelo INPI, as quais preconizam a efetiva existência de inovação para o deferimento de patentes. Por outro lado, foram identificadas inúmeras deficiências no procedimento de exame de pedidos de patentes que não só atrasam a conclusão do processo administrativo, mas também o tornam pouco transparente, o que dificulta a fiscalização. [...] Entendo que, além de o parágrafo único do art. 40 ser, por si só, inconstitucional, há hoje um estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil. [...] A inércia ou a incapacidade reiterada e persistente das autoridades está configurada pelos 25 anos de acúmulo (backlog) na análise de pedidos de patentes. A inação da administração pública por tão longo período tornou o atraso do INPI um problema crônico, que demanda o esforço de múltiplos atores para contorná-lo”.

Partindo desse ângulo, contudo, a técnica não traria prejuízo aos próprios interesses ou sujeitos teoricamente protegidos pela medida? Se a resposta dada pelo direito material lhes seria benéfica, não haveria insuficiência em postergar sua tutela?

Essa ponderação, sim, agrega uma peça importante na compreensão da matéria. De fato, não se questiona que os processos estruturais possam impor um sabor agridoce exatamente àqueles potencialmente favorecidos. Não surpreende que essa ponderação seja visível em algumas situações comparadas inseridas nesse campo, como *Brown v. Board of Education*²⁴ (indicado por Marco Jobim como caso seminal de processo estrutural²⁵) e *Grootboom*²⁶.

De todo modo, é necessário reconhecer que o uso da técnica estrutural passa, inequivocamente, por um juízo praticalista em que a pronta tutela do interesse se mostre inviável ou indesejável por motivos materiais²⁷. E, assim, esse sabor agridoce, embora possa ser sentido por alguns, acaba se mostrando condição *sine qua non* para que haja alguma tutela material. Certamente, não se trata de uma proteção plena, mas, a partir de uma fotografia de momento, é preciso que caracterize a máxima efetividade do direito. E, em atenção à segurança jurídica, considera-se certo que o uso da técnica pode ser bastante mais prolífico do que o produto que adviria de sua inexistência.

2.4. Sem processo estruturais, com consequencialismo

Realmente, uma situação derradeira que deve ser reforçada, na linha da breve consideração formulada ao final do último tópico, é que a admissão dos processos estruturais exerce ainda um importante fator de *bloqueio* de um efeito pernicioso que poderia advir da adoção de um enfoque consequencialista no campo jurisdicional – como hoje

24. Nessa ocasião, a Suprema Corte determinou que a dessegregação no espaço escolar deveria ocorrer “with all deliberate speed”. A porosidade desse aspecto, porém, foi muitas vezes indicada como barreira (e chancela) para uma consolidação da proteção da igualdade.

25. Assim, por exemplo, afirma Marco Félix Jobim que “um litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública, até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*” (JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 93).

26. No caso em questão, ligado à efetivação do direito à moradia na África do Sul, a Corte reconheceu a existência de um déficit de proteção por parte do Poder Público – mas fixou, de modo usualmente tido como vago, que a correção do cenário deveria se dar em conformidade aos recursos disponíveis. Como consequência, suscita-se que a ausência de estipulações mais objetivas permitiu uma perenização desse déficit.

27. Nesse sentido, OSNA, Gustavo. *Acertando problemas complexos*, cit.

explicitamente posto pela LINDB. É que, diante dessa premissa, seria possível que um dever de recomposição ou de reparação, pela magnitude de seus efeitos, fosse mitigado ou escamoteado. Já a tutela estrutural segue possuindo o problema na alça de mira, embora restabeleça o percurso para o seu enfrentamento.

Em relação a esse ponto, é relevante sublinhar que esse tipo de desdobramento já parece inclusive visível em algumas técnicas (anteriores à própria LINDB) expressamente previstas em nosso sistema²⁸. A principal delas, cujo uso é recorrente exatamente na seara tributária (foco primário de Humberto Ávila ao construir sua leitura ligada à segurança jurídica), é a da modulação de efeitos no âmbito de medidas de controle de constitucionalidade. Nesse caso, para mitigar as consequências da decisão, entrega-se a muitos o *nada* em prejuízo à própria autoridade do Direito.

Para compreender o problema, veja-se que o permissivo em questão é trazido pelo art. 27 da Lei 9.868/1999, bem como, de modo análogo, pelo art. 11 da Lei 9.882/1999. Nos termos do primeiro dispositivo,

“ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Estabelece-se, com isso, espécie de bricolagem jurídica, mas com propósito aparentemente nobre: prestigiar valores sensíveis como o “excepcional interesse social” e a própria “segurança jurídica”. Não obstante, a prática do dispositivo vem sendo usualmente marcada por uma racionalidade diversa – na qual a modulação de efeitos, em *ultima ratio*, é suscitada como fator de proteção do fisco por motivos exclusivamente econômicos.

Para enquadrar o problema, perceba-se que não há dúvidas de que, verdadeiramente, a modulação poderia legitimamente servir como fator de proteção da justa expectativa do jurisdicionado. Afinal, se a constitucionalidade se presume, é inevitável que a lei beneficiada por tal presunção sirva como fator orientador de comportamentos. Sua inconstitucionalidade, assim, poderia trazer abalos de diferentes ordens. A questão é notada por

28. Outro exemplo pertinente pode ser dado pela edição da Medida Provisória 2.180-35/2001, cujo texto determinou que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Sem prejuízo de nossa defesa da inconstitucionalidade do dispositivo, o ponto nuclear a ser aqui notado é que, inequivocamente, sua positivação parece dispor de um forte teor consequencialista – ligado ao impedimento dos potenciais efeitos financeiros que a procedência de ações coletivas, em tais áreas, imporia ao Poder Público. Sobre o tema, ver, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2022.

Betina Grupenmacher e Maria Angélica Feijó. De acordo com as autoras, com ênfase própria no Direito Tributário, é preciso

“reconhecer a modulação de efeitos de decisões como instrumento de realização da segurança jurídica pelo processo e no processo. Assim, quando há mudança de posicionamento sobre a interpretação do direito – seja mediante viés constitucional ou infraconstitucional – é necessário verificar se o novo precedente causa prejuízo aos contribuintes em razão dos atos praticados pelo Estado.”²⁹

Ocorre que, como destacado, a aferição prática da técnica parece muitas vezes levar a um caminho cujo único objetivo é a proteção do patrimônio estatal. Em um exame jurisprudencial, há diferentes circunstâncias em que esse tipo de enfoque pode ser visivelmente identificado.

De fato, e de maneira exemplificativa, já se estabeleceu no âmbito de nossa Corte Suprema (ao apreciar circunstância relacionada à cobrança de “Taxa de Serviço de Trânsito” no Estado do Rio Grande do Sul) que a decisão traria consigo “impacto financeiro [...] em mais de R\$ 5,4 bilhões de reais, valores esses que, se atualizados, redundariam em um passivo de R\$ 6 bilhões de reais [...] o que importaria em inegável agravamento da precária situação fiscal do Estado” – razão pela qual se procedeu à modulação dos efeitos da inconstitucionalidade³⁰.

Sob o mesmo ângulo, é ilustrativa manifestação exposta no órgão ao apreciar-se temática ligada ao regime de diferenciação de base de cálculo de ICMS-ST. Nessa ocasião, argumentou-se que a decisão poderia impor “risco de agravamento do quadro financeiro do Estado do Ceará, diante do momento de saúde sanitária atual por conta da pandemia”. Assim, em eventual tutela do “interesse público, social e econômico, além de evitar prejuízos à ordem constitucional”, suscitou-se que “a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto financeiro, além de insegurança jurídica” – razão pela qual decidiu-se pela modulação³¹.

Como mencionado, as situações são meros exemplos de um cenário no qual, pautando-se na eventual tutela da “segurança jurídica” ou de um “interesse público”, acaba-se protegendo de modo direto o fisco. Não obstante, o cenário parece partir de um raciocínio insuficiente, uma vez que desconsidera outras consequências que advêm da própria modulação – como o desrespeito à Constituição por tolerar-se a tributação ilegal (ferindo o “interesse público”). Além disso, uma vez mais com Grupenmacher e Feijó,

29. GRUPENMACHER, Betina Treiger; FEIJÓ, Maria Angélica. Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 67, n. 1, jan.-abr. 2022. Disponível em: [https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/81979]. Acesso em: 30.04.2022. p. 120.

30. EDs na ADI 3.775, Voto da Min. Carmen Lúcia.

31. EDs na ADI 6.222, Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

considera-se que “a segurança jurídica é elemento que permeia a ordem jurídica como proteção do cidadão ante o Estado. Logo, a aplicação dos instrumentos dela decorrentes devem favorecer o cidadão e não o Estado” – razão pela qual o enfoque em questão desvirtuaria o preceito³².

De todo modo, não parece difícil notar que a modulação em questão é, explicitamente, calcada em um juízo pautado pelas consequências fáticas da eventual decisão. Para tutelar esses resultados, porém, o caminho adotado parece conduzir a uma conclusão estarecedora: a ilegalidade é, solenemente, admitida e chancelada. Em outras palavras, ainda que se admita que a cobrança não possuía espede adequado, ela é preservada.

Em nossa visão, esse tipo de postura (a qual poderia decorrer genericamente da própria valorização do consequencialismo) é capaz de trazer um claro *risco moral*, desprestigiando a própria *autoridade do Direito*. Chega-se a um cenário similar àquele que consagrou, notadamente em momento próximo à crise do *subprime*, a noção de *too big too fail*³³. E o “problema” que disso decorre é um aparente impulso à irregularidade: em vez de a prescrição normativa servir como deterrência do ilícito, comunica-se que a ilicitude, se ampla, pode ao final ser premiada.

Nessa espécie de situação, parece, verdadeiramente, haver maior espaço para que se caminhe na contramão da segurança jurídica. Já nos processos estruturais, como enfatizado, o reconhecimento da eventual ilegalidade *traz consigo as consequências que dela presumivelmente decorreriam*. O traço diferenciador é que, para viabilizar esse aspecto, o caminho mais oportuno para sua materialização é condicionado e escalonado.

32. GRUPENMACHER, Betina Treiger; FEIJÓ, Maria Angélica. Op. cit., p. 120-121.

33. Esse *moral hazard* se torna bastante crível diante de circunstâncias nas quais, deliberadamente, uma conduta provida de antijuridicidade (por conta dos potenciais impactos de sua repressão) é simplesmente ignorada. Analisando a questão sob a ótica do direito penal, Stern e Feldman salientam que “the failure of a large banking organization is seen as posing significant risks to other financial institutions, to the financial system as a whole, and possibly to the economic and social order. Because of such fears, policymakers in many countries—developed and less developed, democratic and autocratic—respond by protecting uninsured creditors of banks from all or some of the losses they otherwise would face. These banks have assumed the title of ‘too big to fail’ (TBTF), a term describing the receipt of discretionary government support by a bank’s uninsured creditors who are not automatically entitled to government support (for simplicity we use creditors and uninsured creditors synonymously from here on). To the extent that creditors of TBTF banks expect government protection, they reduce their vigilance in monitoring and responding to these banks’ activities. When creditors exert less of this type of market discipline, the banks may take excessive risks. TBTF banks will make loans and other bets that seem quite foolish in retrospect. These costs sound abstract but are, in fact, measured in the hundreds of billions of dollars of lost income and output for countries, some of which have faced significant economic downturns because of the instability that too big to fail helped to create. This undesirable behavior is frequently referred to as the ‘moral hazard’ of TBTF protection. Such behavior wastes resources” (STERN, Gary H.; FELDMAN, Ron J. *Too Big to fail – The hazards of Bank Bailout*. Washington: Brookings, 2004. p. 1-2. Ver aqui, passim, OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”, cit).

Visto desse modo, constata-se ainda que o percurso guarda similitude com outros mecanismos de equalização igualmente previstos em nosso sistema e amplamente admitidos. É o caso da falência e da recuperação judicial – que, em síntese, postergam e planificam a concretização de dado direito, em favor de um cenário global³⁴. Pensar nos processos estruturais, assim, é pensar em um caminho que pode dar conta mais apropriadamente de diversas situações postas na mesa do Judiciário. E, considerando as demais respostas que então são usualmente cabíveis (de um lado, a negligência e tolerância à irregularidade; de outro, a decisão infactível ou globalmente indesejada), esse norte parece ser aquele mais compatível com um ambiente seguro.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme identificado, não se questiona que a segurança jurídica desempenhe um papel central em nosso sistema jurídico. Pelo contrário, sua proteção é aspecto elementar – tratando-se de corolário lógico do Estado Democrático de Direito e, por isso, devendo permear o processo civil.

A compreensão dessa garantia, porém, deve levar em consideração seus vetores funcionais e seus aspectos nucleares. Nesse sentido, para aferir a adequação de determinada técnica com a segurança jurídica, é imprescindível que se estabeleça previamente um par de questões: o que, para o fim avaliativo, entende-se por um ambiente juridicamente seguro? De que modo é preciso buscar sua consecução?

Em nossa visão, essa espécie de investigação faz com que se perceba que os processos estruturais, se bem entendidos, em nada colidem com a tutela da segurança. Na verdade, a maleabilidade da técnica e o seu dinamismo podem se prestar exatamente à efetivação da norma que se mostrava cognoscível e calculável. Sob esse prisma, há pleno espaço para acoplamento – percebendo-se, ainda, a aptidão do mecanismo para maximizar a confiabilidade do próprio sistema jurídico.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (Org.). *Processos estruturais*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* – Entre permanência e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

34. A aproximação é elaborada em ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo estrutural*, cit.

- CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 96, 1982.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, 2017.
- FRANK, Jerome. *Courts on trial*. New York: Princeton University Press, 1949.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger; FEIJÓ, Maria Angélica. Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 67, n. 1, p. 107-125, jan.-abr. 2022. Disponível em: [<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/81979>]. Acesso em: 30.04.2022.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- KOZEL, Randy J. Precedent and Reliance. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 62, 2013.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticismo” e os “processos estruturais”. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio-ago. 2020.
- OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2022.
- ROTHSTEIN, Bo. *Social traps and the problem of trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- STERN, Gary H.; FELDMAN, Ron J. *Too big to fail – The hazards of Bank Bailout*. Washington: Brookings, 2004.
- TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, 2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2005.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro, de Alana Caroline Mossoi e José Miguel Garcia Medina – *RT* 1018/255-276; e
- Processos estruturais. objeto, normatividade e sua aptidão para o desenvolvimento, de Antônio Pereira Gaio Júnior – *RePro* 322/313-342.