



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**KAUÃ GOMES RIBEIRO**

**BASES PARA A FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS  
ESTRUTURAIS DE REFORMA DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS PELO PODER  
JUDICIÁRIO**

Recife

2021

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**KAUÃ GOMES RIBEIRO**

**BASES PARA A FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS  
ESTRUTURAIS DE REFORMA DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS PELO PODER  
JUDICIÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

**Área de conhecimento:** Direito processual civil

Recife

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Ribeiro, Kauã Gomes.

Bases para a formulação e implementação de medidas estruturais de reforma de instituições públicas pelo Poder Judiciário / Kauã Gomes Ribeiro. - Recife, 2021.

68 p.

Orientador(a): Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2021.

1. Medida estrutural. 2. Efetividade. 3. Separação de poderes. 4. Execução. I. Cunha, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

**KAUÃ GOMES RIBEIRO**

**BASES PARA A FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS  
ESTRUTURAIS DE REFORMA DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS PELO PODER  
JUDICIÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

**Área de conhecimento:** Direito processual civil

Aprovado em: 27/8/2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha (Presidente)

Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima (1º examinador)

Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (2º examinador)

Universidade Federal de Pernambuco

Ao meu avô José Inaudo Gomes do Nascimento, que tão cedo se foi.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, por tantos anos de parceria silenciosa e por me ensinar a não temer, mas a crer, somente.

À minha mãe, Amanda, por me ensinar a importância da humildade e por ter, no final de 2015, insistido para que eu me matriculasse no curso de Direito; e ao meu pai, Rodrigo, pelo apoio incondicional e decisivo que sempre deu aos meus estudos. Sou eternamente grato a vocês.

Aos meus avós, Gracita, Rarinha, Rinaldo e Zé Inaudo, por tanto amor que sempre me deram; e às minhas irmãs, Luana, que é uma inspiração por ser tão estudiosa, e Sofia, Maya e Nina, que, desde que chegaram, são um sopro de felicidade na minha vida.

Ao meu amor, Júlia, que me ajudou sobremaneira na revisão deste trabalho, pelos quase seis anos de caminhada e pela estrada que ainda vamos percorrer. Viver ao seu lado é o maior presente que alguém pode receber. Obrigado por fazer parte da minha vida e por fazer de mim uma pessoa melhor.

À Faculdade de Direito do Recife, minha segunda casa, na pessoa do meu orientador, Leonardo Carneiro da Cunha, por quem nutro profunda admiração e respeito e a quem agradeço pela leitura minuciosa e pelas sugestões e considerações feitas.

## RESUMO

O presente trabalho analisará a possibilidade e as condições de implementação de medidas de reforma no funcionamento de instituições públicas aplicadas pelo Poder Judiciário brasileiro. Será feita uma breve contextualização do debate doutrinário atual no Brasil, seguida de uma análise histórica do surgimento das medidas estruturais nos Estados Unidos, durante a segunda metade do século XX, de modo a permitir uma análise comparativa. Ao final, serão apresentados critérios que devem servir como base para a formulação e implementação dessas medidas pelo Poder Judiciário brasileiro, incluindo a existência ou não de norma regulamentadora do funcionamento da instituição, os parâmetros das cláusulas executivas gerais (arts. 139, inc. IV; 536, § 1º, do CPC e 84, *caput* e § 5º, do CDC), o princípio da separação de poderes e a integridade do direito. A partir da revisão bibliográfica e do diálogo crítico e construtivo com propostas doutrinárias de relevo, o trabalho conclui ser possível a aplicação das medidas estruturais em processos coletivos e individuais, desde que observados certos critérios, ressaltando a importância de uma reforma legislativa que crie um incidente de formulação e implementação de medidas executivas estruturais, a ser instaurado após a formação (definitiva ou provisória) do título executivo, para aperfeiçoamento e racionalização da reforma.

**Palavras-chave:** medida estrutural; efetividade; separação de poderes; execução.

## ABSTRACT

This paper will analyze the possibility and conditions for a structural injunction applied by the Brazilian Judiciary over the functioning of public institutions. A brief contextualization of the current academical debate in Brazil will be made, followed by a historical analysis of the emergence of structural injunction in the United States, during the second half of the 20th century, in order to allow a comparative analysis. At the end, criteria that should serve as a basis for the formulation and implementation of these measures by the Brazilian Judiciary will be presented, including the existence or not of a rule regulating the institution's operation, the parameters of the general executive clauses (arts. 139, IV; 536, § 1º, CPC and 84, *caput* and § 5º, of the CDC), the principle of separation of powers and law as integrity. From the literature review and the critical and constructive dialogue with relevant theoretical proposals, the paper concludes that it is possible to apply structural injunction in both class and individual actions, provided that certain criteria are observed, highlighting the importance of a legislative reform to create an incident for formulation and implementation of the structural injunction, to be instituted after the decision (definitive or provisional) that forms the executive title, in order to improve and rationalize the reform.

**Keywords:** structural injunction; effectiveness; separation of powers; execution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 O DEBATE BRASILEIRO SOBRE AS MEDIDAS ESTRUTURAIS .....</b>	<b>10</b>
<b>2 EQUITY, INJUNCTION E STRUCTURAL INJUNCTION .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1 <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i> e o nascimento das medidas estruturais .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2 A <i>injunction</i> como remédio de <i>equity</i> e a (não) aplicabilidade do princípio da separação de poderes entre as Cortes Federais americanas e os Estados-membros.....</b>	<b>20</b>
<b>3 CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURAIS.....</b>	<b>34</b>
<b>3.1. Caracterização do problema.....</b>	<b>34</b>
<b>3.2. Existência ou não de norma regulamentadora do funcionamento da instituição pública .....</b>	<b>34</b>
<b>3.3. Parâmetros gerais para aplicação de medidas executivas atípicas .....</b>	<b>40</b>
<b>3.4. Princípio da separação dos poderes .....</b>	<b>47</b>
<b>3.5 Integridade do direito.....</b>	<b>54</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

As medidas de reforma no funcionamento de instituições públicas aplicadas pelo Poder Judiciário têm se tornado, nos últimos dez anos<sup>1</sup>, objeto de investigações e estudos cada vez mais aprofundados por parte da doutrina brasileira. Nunca, no Brasil, se falou tanto em um “processo estrutural”, com características peculiares que o distinguiriam de forma marcante do modelo tradicional e bipolar de processo, disciplinado pelo Código de Processo Civil.

Como é de se esperar acerca de um assunto tão atual, os consensos no trato da matéria ainda são muito tímidos: abundam, na doutrina brasileira, discussões sobre o que é essencial ou accidental na caracterização de um “processo estrutural” e diverge-se até mesmo sobre exemplos reais de processos que envolvem medidas dessa natureza.

O objetivo do presente trabalho é investigar se e como é possível, à luz do sistema processual brasileiro, admitir a utilização do processo judicial como instrumento legítimo para a aplicação de medidas de impacto significativo no funcionamento das instituições públicas brasileiras, desde as mais abstratas, que impõem um “padrão de conduta” mais geral dos agentes públicos, às mais concretas, como a realização de um concurso público, a celebração de um contrato, a construção de uma escola ou a elaboração de um plano que preveja que medidas desse tipo ou outras sejam implementadas a partir de um certo planejamento.

O tema, que inevitavelmente se insere no contexto das discussões sobre judicialização de políticas públicas, separação de poderes, limites do controle jurisdicional e ativismo judicial, é de uma importância tamanha que há até mesmo uma proposta legislativa (Projeto de Lei nº 8.058/2014) que sugere a instituição de um “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”.

Para fundamentar a proposta apresentada neste trabalho, será feita uma breve contextualização do debate doutrinário brasileiro, seguida de uma incursão na história do *common law*, objetivando uma compreensão mais adequada sobre o modo como os juízes americanos realizavam reformas estruturais na segunda metade do século XX, o que viabilizará uma análise comparativa entre os modelos de reforma nos dois países. Ao final, serão sugeridos alguns critérios e parâmetros que devem ser observados para que se possa cogitar da aplicação de medidas semelhantes no Brasil, à luz do próprio direito processual brasileiro, estabelecendo um diálogo crítico e construtivo com algumas proposições doutrinárias de relevo.

---

<sup>1</sup> Uma listagem de trabalhos pioneiros sobre o tema, no Brasil, pode ser consultada em VITORELLI, 2020, p. 23.

## 1 O DEBATE BRASILEIRO SOBRE AS MEDIDAS ESTRUTURAIS

Inúmeras são as abordagens que têm sido desenvolvidas sobre a aplicação de medidas estruturais de reforma de instituições públicas pelo Poder Judiciário. Alguns autores tratam do tema de forma mais ampla, estudando, também, medidas judiciais aplicadas para reorganizar estruturas burocráticas privadas. Há quem fale em um verdadeiro “processo estrutural” e há, também, quem prefira falar apenas em medidas estruturais.

Tudo indica que um dos principais motivos para os desacordos doutrinários e as várias incertezas que ainda existem no debate sobre essas medidas no Brasil é que elas nasceram, se desenvolveram e renderam frutos primeiramente nos Estados Unidos, ou seja, em um sistema particular de *common law*: na segunda metade do século XX, destacadamente ao longo da década 60 e 70, os juízes americanos passaram a emitir decretos (*decrees*) com ordens detalhadas sobre o funcionamento de instituições públicas, em processos que envolviam violações a direitos constitucionais.

Esse tipo de medida foi chamado pela doutrina americana de *structural injunction*, que seria uma espécie particular de *injunction*, histórico remédio do *common law* surgido nas antigas Cortes inglesas de *equity*<sup>2</sup> e posteriormente exportado para suas colônias. A *structural injunction* é, portanto, fenômeno relativamente recente no direito estadunidense, objeto, ainda, de divergências sérias em sua própria doutrina e jurisprudência (TORRES, 1992, p. 97). Não é de se estranhar, assim, que a discussão feita no Brasil sobre a possibilidade de adoção de medidas semelhantes no processo judicial brasileiro também gere dúvidas e divergências.

Em artigo precursor sobre a matéria, datado de 1992, Ricardo Lobo Torres associa a *structural injunction* norte-americana ao mandado de injunção, introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Com base na doutrina de Owen Fiss, Torres explica que a *structural injunction* nasceu a partir do paradigmático precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos *Brown v. Board of Education of Topeka*, como forma de implementar as medidas necessárias à garantia de direitos constitucionais protegidos em caso de resistência ou de ausência de quadro normativo estadual. Tais medidas eram implementadas por meio de decretos que estabeleciam normas “extremamente detalhadas e casuísticas, de modo a permitir

---

<sup>2</sup> Para evitar confusões com outros usos da expressão “equidade”, este trabalho optará por utilizar a expressão em inglês. Nos demais casos, quando for mencionado algum instituto estrangeiro, eventual tradução será seguida do original.

a plena eficácia dos direitos fundamentais e a completa regulamentação da atividade da instituição” (TORRES, 1992, p. 95-96).

José Afonso da Silva também associou o mandado de injunção brasileiro a *Brown*, embora o tenha feito apenas circunstancialmente. Para ele, o *writ of injunction* é, a partir de uma análise de direito comparado, o remédio mais próximo do mandado de injunção brasileiro (SILVA, 2005, p. 448). Sua posição, que não faz menção específica à expressão *structural injunction*, à época já utilizada pela doutrina norte-americana, foi criticada por Ricardo Lobo Torres, sob o fundamento de que o *writ of injunction* original é um instrumento que, no *common law* inglês, se presta à defesa de direitos privados, não adquirindo a dimensão pública da *structural injunction* americana e do mandado de injunção brasileiro (TORRES, 1992, p. 105).

Existia, também no século passado, uma terceira corrente doutrinária que negava qualquer relação entre o mandado de injunção brasileiro e a *injunction* do *common law*, em qualquer uma de suas modalidades. Essa corrente chegou a afirmar que a palavra “injunção” teria sido mero “acidente vocabular” (BERMUDES, 1989, p. 22). Conquanto até hoje haja quem vislumbre nas *injunctions* a inspiração do mandado de injunção (SARLET; STRECK, 2013, p. 1028), a associação defendida por Ricardo Lobo Torres entre o remédio brasileiro e a particular *structural injunction* desenvolvida nos Estados Unidos parece ter perdido prestígio no debate doutrinário. Isso, talvez, pelo modo excessivamente autocontido pelo qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por muitos anos tratou a referida ação constitucional, em uma perspectiva não concretista que apenas mais recentemente foi superada (SILVA, 2005, p. 452; STRECK, 2018, p. 297-298), perspectiva essa que era incompatível com os amplos poderes dos juízes no âmbito dos “processos estruturais” americanos.

Assim, quando, mais recentemente, a *structural injunction* voltou a ser objeto de debates doutrinários no Brasil, já não foi feita mais qualquer associação com o mandado de injunção. As novas tentativas de recepção do processo estrutural têm se desenvolvido, via de regra, no *locus* teórico do processo coletivo<sup>3</sup>. Ademais, as principais preocupações dos processualistas brasileiros decorrem da tentativa de compatibilizar a flexibilidade da chamada “técnica de decisões em cascata”<sup>4</sup> com a rígida disciplina do CPC: problemas ligados aos limites da cognição judicial, às estabilizações que se operam no curso do processo, à adstrição do juiz ao pedido e à adequada participação dos interessados no litígio dão a tônica do debate. Discussões

---

<sup>3</sup> Registre-se, no entanto, a posição doutrinária no sentido de que o processo estrutural não é essencialmente coletivo, embora tipicamente o seja (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020; SILVA NETO, 2020).

<sup>4</sup> A expressão, cunhada por Arenhart, não é utilizada por toda a doutrina, mas expressa de modo interessante a forma como muitos interpretam a *structural injunction*.

sobre o princípio da separação dos poderes e os limites do processo estrutural também são feitas, mas ainda de forma incipiente. Isso, no entanto, é plenamente compreensível, já que ainda não há clareza e unanimidade sobre o próprio objeto da discussão.

Sérgio Cruz Arenhart foi um dos primeiros da nova geração de doutrinadores a retomar a discussão sobre a *structural injunction*, apresentando, também a partir da contribuição teórica de Owen Fiss, o que entende por “decisão em cascata”: uma sucessão de decisões judiciais proferidas visando à implementação de uma “decisão-núcleo” mais genérica, que fixa diretrizes para a proteção de um direito a ser tutelado (2013, p. 400).

Edilson Vitorelli, por sua vez, propõe um conceito para o “processo estrutural” em si. Trata-se, em sua opinião, de um processo coletivo cuja finalidade é, a partir da 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” (2020, p. 60) marcado pela mutabilidade e pela multipolaridade, em decorrência da existência de vários grupos sociais que divergem em relação à solução adequada para o problema (2020, p. 37).

Em suas obras, Vitorelli enfatiza a impossibilidade de o autor antever todas as medidas que deverão ser implementadas para assegurar seu direito (2020, p. 297). Sugere, por isso, ser possível um pedido indeterminado, aberto, “que estabeleça as diretrizes da reforma estrutural e, daí por diante, [...] vá sendo reajustado, na medida em que as características do litígio fiquem mais claras” (2020, p. 298), com o contraditório sendo assegurado por aplicações sucessivas dos arts. 9º e 10 do CPC (2020, p. 297). Em sua opinião, a melhor técnica a ser adotada pelo autor, na petição inicial, é apresentar um requerimento de elaboração, implementação e fiscalização de um plano que especifique o resultado geral que se pretende produzir, com metas e atribuição de responsabilidades (2020, p. 41)

Outra proposta destacada por Vitorelli envolve o uso do julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC) para viabilizar as “decisões em cascata” a que se refere Arenhart. Com um pedido aberto que pode ser reajustado ao longo do processo, o uso dessa técnica, ao lado, quando for o caso, da tutela antecipada, viabilizaria uma retroalimentação da cognição com a execução, permitindo que o magistrado colha, a partir de suas decisões anteriores, subsídios para as subseqüentes (2020, p. 365).

Conseqüentemente, “quando se amalgamam conhecimento e execução, por intermédio de técnicas de decisões parciais e provisórias, bem como de busca pelo consenso, a sentença,

como encerramento da atividade cognitiva em primeiro grau, desaparece do horizonte” (2020, p. 368-369). Isso, em sua opinião, não seria um problema, já que, considerando a complexidade e conflituosidade que normalmente existem em litígios desse tipo, “correr para a sentença [...] não é vantajoso” (2020, p. 369).

Em abordagem com enfoque nos problemas da cognição judicial, Francisco de Barros e Silva Neto associa os processos estruturais a problemas hipercomplexos que produzem dois fenômenos interligados: a impossibilidade de compreensão integral ou holística do funcionamento de dada instituição ou política e, conseqüentemente, a necessidade de se deslocar parte do processo decisório para etapas posteriores (2019, p. 326). Segundo explica, “a sentença ou acórdão (que, em tese, poria termo à fase de cognição do processo) contenta-se com a fixação de conteúdos gerais” (2019, p. 328), com uma “menor carga de densidade, consignando o estado de coisas almejado (necessário para a preservação dos bens jurídicos em jogo) e as diretrizes adotadas para o seu processo de implementação” (2019, p. 332).

Já Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, defendem que o processo estrutural é “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (2020, p. 107). O “problema estrutural” a que se referem consiste em uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, no sentido de que não corresponde a um estado de coisas considerado ideal (2020, p. 104).

Dois elementos do pensamento dos autores são dignos de nota: primeiro, que a regra da congruência objetiva deve ser flexibilizada<sup>5</sup> no “processo estrutural”, uma vez que, de forma muito próxima a Vitorelli, afirmam que “nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária” (2019, p. 348). Segundo, que as cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inc. IV, e 536, § 1º, do CPC, são a base normativa para a execução das decisões estruturais (2019, p. 349).

Desirê Bauermann, a seu turno, em artigo que investiga a *structural injunction* no direito americano, enfatiza que “é o caso concreto que vai determinar a forma adequada de se concretizar a decisão jurisdicional” (2019, p. 253), sendo certo que “o juiz exerce poder

---

<sup>5</sup> Isso, de acordo com os autores, poderia ser feito a partir de uma interpretação elástica do art. 493 do CPC (2019, p. 348), com a qual guardamos algumas ressalvas. Também defendem a possibilidade de flexibilização da regra da congruência Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 399), Edilson Vitorelli (2020, p. 410) e Francisco Barros da Silva e Neto (2019, p. 329-330). Para Vitorelli, inclusive, essa possibilidade permitiria a introdução, no direito brasileiro, da “retenção de jurisdição” [*retainment of jurisdiction*], tão importante na implementação e revisão de medidas estruturais pelos juízes americanos.

amplíssimo para desenvolver a medida a ser utilizada [...], sendo muito difícil que a observância do direito na prática possa ser alcançada apenas por um modo” (2019, p. 253). Em sua opinião, “as decisões proferidas em ações estruturais acabam por dar ao juiz o papel de legislador e executor, já que ele passa a desenvolver e supervisionar políticas públicas, exercendo papel principal no sucesso da implementação da medida por ele desenvolvida” (2019, p. 251), o que se justificaria na medida em que “as ações estruturais visam afastar práticas reiteradas contrárias à Constituição, visando alterá-las para adequá-las aos valores constitucionais” (2019, p. 251).

Marco Félix Jobim busca discutir a questão da legitimidade democrática subjacente aos processos estruturais, enfatizando a importância da participação democrática por meio da intervenção como *amicus curiae* e das audiências públicas (2019, p. 653). Esse, aliás, é um dos aspectos que recebe maior atenção de doutrinadores que se debruçam sobre a matéria. Não sem razão, já que os processos que envolvem medidas estruturais tangenciam, não raro, múltiplos centros de interesse (todos eles legítimos) que dificultam a atribuição, a um só grupo, da legitimidade para sua discussão. É por essa característica, aliás, que se costuma afirmar que os “litígios estruturais” são multipolares (DIDIER JR., CABRAL, CUNHA, 2021, p. 117; VITORELLI, 2020, p. 37) e policêntricos (ARENHART, 2013, p. 394).

Também preocupado com a questão democrática, Ingo Sarlet defende que as decisões estruturais “indiquem os problemas a corrigir, mas transfiram a decisão de como proceder a correção aos demais órgãos constitucional e legalmente competentes para tanto, mediante a apresentação devidamente coordenada e deliberada, de um plano factível e justificado de ação” (2019, p. 498).

Como fica claro, a doutrina brasileira tem empreendido sua reaproximação com a *structural injunction* a partir de abordagens extremamente diversas. Essa multiplicidade de visões, conquanto rica, torna o primeiro contato com a matéria um desafio, diante das inevitáveis incertezas teóricas que persistem. Diante dos poucos consensos doutrinários sobre o que é essencial na caracterização do “processo estrutural”, os diversos autores divergem até mesmo sobre exemplos reais de processos que envolvem medidas dessa natureza.

Apenas ilustrativamente, há, na doutrina, quem aponte como exemplos de “processos estruturais”, determinadas ações de controle abstrato de constitucionalidade, a controversa tese do “estado de coisas inconstitucional”, recursos extraordinários específicos levados até o Supremo Tribunal Federal, alguns mandados de injunção, processos de recuperação judicial e falência e até mesmo certas ações civis públicas julgadas por magistrados de primeira instância.

E há, igualmente, quem rejeite caracterizar os mesmos exemplos como “processos estruturais”. Tudo é objeto de muita controvérsia e, a bem da verdade, as discordâncias são tão significativas que seria francamente infrutífero apresentá-las de forma mais minuciosa neste trabalho.

Por outro lado, é possível identificar, dentro do conjunto de reflexões disponíveis, formulações que apresentam este mesmo pressuposto: as medidas estruturais encontram sua razão de ser no comportamento real das instituições. Elas se prestam a reformar o funcionamento concreto de uma estrutura burocrática, seu modo de ser no mundo dos fatos, pois esse funcionamento seria lesivo a determinados bens jurídicos e incompatível com um “estado ideal de coisas”, a ser fixado em uma decisão nuclear, básica, que estabelece o fim que se buscará alcançar através do processo.

O que se pode concluir, neste momento, é que parece não ser ainda possível, no atual estado do debate, afirmar com segurança o que são medidas estruturais em si, sua natureza e conteúdo, e de que modo (e em que condições) elas podem ser implementadas em um processo judicial disciplinado pelas leis brasileiras. Para bem compreender essa possibilidade, parece fundamental, antes de tudo, investigar de forma mais detida em que consiste a *injunction* e, particularmente, a *structural injunction*, em seu próprio nascedouro, isto é, no *common law*, onde surgiu e se desenvolveu. Essa necessidade parece ser confirmada pela doutrina nacional, uníssona em apontar *Brown v. Board of Education of Topeka* como o marco histórico inaugural do uso das medidas estruturais nos Estados Unidos.

Por isso, o presente trabalho analisará, no próximo capítulo, o caso *Brown* e investigará a origem histórica das *injunctions* na Inglaterra, a relação entre a *structural injunction* que se desenvolveu no século passado com os princípios de *equity* e o conteúdo e a natureza de algumas medidas estruturais aplicadas por juízes americanos. Espera-se, com isso, alcançar uma melhor compreensão do tema para que se conclua no que consiste a *structural injunction*, a fim de, no capítulo final, analisar, comparativamente e à luz do próprio direito brasileiro, em quais condições é possível falar em medidas estruturais de reforma de instituições públicas aplicadas em um processo judicial.

## 2 EQUITY, INJUNCTION E STRUCTURAL INJUNCTION

### 2.1 *Brown v. Board of Education of Topeka* e o nascimento das medidas estruturais

Apresentada essa sucinta contextualização do quadro doutrinário brasileiro, é possível afirmar que o marco histórico e simbólico do processo estrutural é o famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (daqui em diante chamado simplesmente de *Brown*), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954.

Por conta da legislação racista que impunha a segregação racial nas escolas públicas<sup>6</sup>, o pai de uma jovem estudante negra, Linda Brown, obrigada a atravessar a pé sua cidade (Topeka) para chegar à escola, entrou em contato com a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) para ajuizar uma ação contra o Conselho de Educação de sua cidade (*Board of Education of Topeka*)<sup>7</sup>, exigindo o remanejamento de sua filha para uma escola pública de brancos próxima de sua casa (PATTERSON, 2001, p. 32). Ao acolher o pedido de Brown, a Suprema Corte afirmou que a doutrina do *separate but equal*, até então admitida pela jurisprudência da Corte<sup>8</sup>, não pode ser aplicada na organização das escolas públicas, reconhecendo aos estudantes negros, dessa forma, o direito de frequentar as mesmas escolas que os estudantes brancos (JOBIM; ROCHA, 2019, p. 663-664).

Uma decisão daquela magnitude, que representava uma mudança na forma como a Suprema Corte lidava com a questão da segregação racial<sup>9</sup> e que certamente seria – como foi –

<sup>6</sup> Mesmo após a abolição do trabalho escravo nos Estados Unidos, com o término da guerra de secessão e o surgimento da 13ª Emenda de sua Constituição, em 1865, a população negra continuou sujeita a um marco legal negativamente discriminatório. As chamadas leis de *Jim Crow* foram elaboradas de modo a não colidir frontalmente com o conteúdo da 13ª Emenda, o que não as impediu de permitir e reforçar, *de facto*, as práticas sociais de segregação e privação de direitos civis, políticos e econômicos da população negra (PUGA, 2019, p. 94-95).

<sup>7</sup> O julgamento em si, conforme consta da *opinion* publicada, foi feito a partir de ações ajuizadas em decorrência de práticas segregacionistas nos estados do Kansas (onde fica a cidade de Topeka), Carolina do Sul, Virgínia e Delaware. Em todas elas, a mesma questão jurídica de fundo estava presente (UNITED STATES, 1954).

<sup>8</sup> Em *Plessy v. Ferguson* (1869), por exemplo, foi reconhecida a constitucionalidade da *Louisiana's Separate Car Act*, uma lei que determinava que as companhias ferroviárias providenciassem acomodações separadas para usuários negros e brancos. Para a doutrina do *separate but equal*, a igualdade de tratamento está garantida ao assegurar direitos e serviços a brancos e negros, embora seu exercício e gozo ocorra em espaços separados, de forma segregada, portanto. Erwin Chemerinsky, ao comentar o sistema educativo da Carolina do Sul, afirma que “as escolas para brancos tinham um professor para cada vinte e oito alunos; as escolas para negros tinham um professor para cada quarenta e sete alunos. As escolas para brancos eram de tijolo e de estanho; as escolas para negros eram feitas de madeira podre. As escolas para brancos tinham banheiros internos; as escolas para negros tinham latrinas externas”. (*apud* JOBIM; ROCHA, 2019, p. 669). Consta da *opinion* de *Brown v. Board of Education of Topeka* que foi esse precedente (*Plessy v. Ferguson*) que serviu de fundamento para as decisões das Cortes Federais do Kansas, Carolina do Sul e Virgínia, que negaram o pedido dos autores (UNITED STATES, 1954).

<sup>9</sup> Embora analisar *Brown v. Board of Education of Topeka* não seja o principal objetivo do presente trabalho, convém chamar a atenção para a ressalva feita por Mariela Puga (2019, p. 111), no sentido de que, a rigor, o precedente firmado em *Brown* não significou um total abandono da regra firmada em *Plessy*.

alvo de forte resistência por grande parte da população, recomendava a busca por um consenso entre os *justices*<sup>10</sup>, que efetivamente foi alcançado com uma decisão unânime. Para Edilson Vitorelli, foi essa circunstância histórica (necessidade de consenso na Corte) a responsável pelo voto (*opinion*) marcadamente sucinto publicado, que não impediu, todavia, que medidas extremamente detalhadas fossem mais tarde implementadas por juízes das Cortes locais, para implementar a dessegregação. Daí sua afirmação de que “o processo coletivo estrutural nasceu de uma necessidade eminentemente prática” (2020, p. 70).

Por outro lado, ao se fazer uma leitura do voto, é possível perceber que, após a Suprema Corte entender que a segregação fundada na doutrina do *separate but equal* no ensino público seria inconstitucional, por violar a 14ª Emenda, e suspender o trâmite do feito sem impor qualquer obrigação imediata aos demandados, as partes foram instadas a se manifestar sobre algumas reflexões feitas pela própria Corte a respeito do modo de implementação do entendimento firmado. A Suprema Corte ponderava se uma mera ordem judicial seria suficiente para que as crianças negras passassem a poder se matricular nas escolas ou se seria preferível fazer uma reforma gradual e efetiva em todo o sistema (UNITED STATES, 1954).

O Tribunal sabia que o que se estava decidido ali não era apenas o direito de certos indivíduos se matricularem nas escolas que desejavam. Todo o sistema educacional estava em jogo e, de forma mais ampla, a própria forma da sociedade lidar com o problema da segregação, de modo que, evidentemente, não faltaria hostilidade dos setores contentes com o sistema vigente. Em uma sociedade tão abertamente marcada pelo racismo, um comando judicial único da Suprema Corte corria um sério risco de simplesmente não ser cumprido. Foi o que aconteceu, aliás, em vários Estados: pouco após a publicação da decisão, lideranças políticas brancas declararam uma “resistência massiva”<sup>11</sup> ao precedente firmado em *Brown*. Essa “resistência” envolveu a criação de comissões, a elaboração de manifestos e de leis evitando a dessegregação, buscando neutralizar os efeitos da decisão da Suprema Corte<sup>12</sup> (PUGA, 2019, p. 134-135).

---

<sup>10</sup> Equivalentes, no Brasil, aos ministros do Supremo Tribunal Federal.

<sup>11</sup> A expressão “resistência massiva” surgiu de uma declaração do senador Harry Flood Byrd, dada pouco após a decisão: “Se organizarmos os Estados do sul para uma resistência massiva a essa ordem, creio que é uma questão de tempo para que o resto do país entenda que a integração racial não vai ser aceita no sul”. [*If we can organize the Southern States for massive resistance to this order I think that, in time, the rest of the country will realize that racial integration is not going to be accepted in the South*]. Segundo Mariela Puga, o governador da Georgia Marvin Griffin afirmou que “nenhum verdadeiro sulista se sentia moralmente obrigado a reconhecer a legalidade deste ato de tirania”. O senador Herman Talmadge teria chegado a relacionar *Brown* a um golpe de Estado de um ditador estrangeiro e falou em “tirania judicial” (PUGA, 2019, p. 135).

<sup>12</sup> O *Southern Manifesto*, de 1956, por exemplo, foi assinado por dezenove senadores e oitenta e dois representantes do Congresso dos Estados Unidos, todos oriundos de Estados outrora confederados, que se opunham à decisão de *Brown* (PUGA, 2019, p. 134). Naquele mesmo ano, o Estado da Virgínia publicou treze leis, conhecidas como *Stanley Plan*, com o objetivo de assegurar a manutenção da segregação racial no sistema educacional. Dentre as

Por isso mesmo, em 1955 – um ano após sua primeira decisão, portanto –, a Suprema Corte já havia sido novamente instada a se pronunciar a respeito da matéria em um novo julgamento, que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education of Topeka II* (ou simplesmente *Brown II*). Nesse segundo momento, a Corte reiterou a inconstitucionalidade da segregação, decidiu que a atribuição de implementar os programas tendentes a aboli-la era das próprias escolas, que tais programas deveriam ser implementados com a maior brevidade possível (“*with all deliberate speed*”) e, por fim, expressamente determinou que as Cortes Federais locais deveriam acompanhar a aplicação dessas medidas, bem como decidir se as autoridades locais estariam efetivamente cumprindo a decisão da Suprema Corte, “retendo jurisdição”<sup>13</sup> para auxiliar a transição (UNITED STATES, 1955).

Foi, portanto, a partir desse particular e complexo contexto da sociedade americana que se desenvolveu uma nova forma atuação do Poder Judiciário estadunidense<sup>14</sup>, menos baseada no tradicional “modelo de resolução de disputas”, no qual o juiz diz quem está certo e quem está errado (FISS, 2019, p. 780) e mais direcionada à reforma gradual das instituições. Essa foi a grande inovação processual trazida por *Brown*.

Com a ordem dada pela Suprema Corte em *Brown II*, determinando o retorno dos autos aos juízos de instância inferior para implementação gradual das reformas nas instituições de ensino, os magistrados passaram a se valer daquilo que foi, alguns anos mais tarde, chamado

---

medidas previstas, havia a possibilidade de fechamento de escolas públicas, a critério do governador do Estado, com o conseqüente oferecimento de bolsas de estudos para os respectivos estudantes, brancos e negros, se matricularem em instituições privadas. Em 1959, após ser intimado para proceder com a dessegregação de suas escolas, o Conselho de Educação do Condado de Prince Edward, que ficava naquele Estado (*County School Board of Prince Edward County*), optou por tomar a medida extrema de não repassar mais nenhuma verba para o sistema escolar, forçando o fechamento de todas as suas escolas públicas pelos próximos cinco anos. Ocorre que, apesar do oferecimento de bolsas de estudos para estudantes brancos e negros, previsto no *Stanley Plan*, o sistema educacional privado continuava segregado, pois o julgamento da Suprema Corte abrangia tão somente as escolas públicas, e não existia qualquer escola privada para estudantes negros naquela região. Assim, entre 1959 a 1964 (quando o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos – *Griffin v. County School Board of Prince Edward County*), as crianças negras do Condado de Prince Edward foram pura e simplesmente privadas de qualquer educação formal. Essa situação ilustra bem a agressiva reação, sobretudo dos Estados do sul do país, ao julgamento de *Brown* e ao esforço de dessegregação racial nos Estados Unidos.

<sup>13</sup> A “retenção de jurisdição” (*retainment of jurisdiction*), de acordo com Edilson Vitorelli, “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 instituo similar ao debate da inexistência de preclusão pro judicato em matéria probatória, ou da possibilidade de reexame dos requisitos da admissibilidade de recurso, pelo relator, no momento de proferir a decisão definitiva, ainda que ele mesmo já tenha se pronunciado sobre a questão. [...] 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” (2020, p. 410-411).

<sup>14</sup> Eduardo Appio, citado por Marco Felix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha, afirma que *Brown* foi a mais importante decisão da história recente do Judiciário americano (JOBIM; ROCHA, 2019, p. 659). No mesmo sentido, Desirê Bauermann diz que a decisão da Suprema Corte em *Brown* “inaugura fase de ativismo do Judiciário norte-americano” (2019, p. 249).

pela doutrina americana de *structural injunction*: trata-se de um “mandado judicial que, fundado na equidade, estabelece normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos americanos desrespeitados pelas instituições administrativas” (TORRES, 1992, p. 95). A essa definição pode-se acrescentar que o juiz assume um papel de supervisão contínua do cumprimento dessas ordens, podendo também revisá-las, com grande flexibilidade, para ajuste a novas situações (TORRES, 1992, p. 96; BERRYMAN, 2013; BAUERMAN, 2019, p. 257).

Desirê Bauermann menciona como algumas das medidas adotadas pelos magistrados voltadas à dessegregação escolar “a construção de prédios, a contratação de pessoal qualificado e o aumento de impostos para suprir as despesas necessárias para garantir na prática o cumprimento do quanto determinado pelo Judiciário” (2019, p. 256-257), frisando a “enorme criatividade” das Cortes estadunidenses na aplicação de medidas efetivas (2019, p. 256).

Após o reavivamento do interesse na *injunction* causado por *Brown*, a utilização desse remédio se alastrou de forma impressionante para outros litígios de direito público. A *structural injunction* passou a ser utilizada, então, para a reforma de hospitais, departamentos de polícia, prisões e outras instituições públicas (FISS, 2019, p. 773).

Em artigo publicado na *Stanford Law Review*, no ano de 1978, que discute de forma aprofundada a problemática envolvendo a separação de poderes e o uso de remédios de equidade no direito norte-americano, o professor de direito constitucional Robert F. Nagel critica o uso descomedido das *injunctions* por parte das Cortes Federais, destacando, a partir de um minucioso estudo de precedentes, uma assunção de funções tipicamente legislativas e executivas pelo Poder Judiciário (NAGEL, 1978, p. 661-662).

A *structural injunction*, enfim, assumiu um largo escopo de aplicação, tornando-se, notadamente ao longo da década de 70, objeto de grande interesse no debate público nos Estados Unidos e levantando sérios questionamentos sobre o papel do Poder Judiciário na sociedade (MISHKIN, 1978, p. 949). Durante essa “década de ouro” da reforma estrutural, Owen Fiss chegou a afirmar que a *structural injunction* “representa o mais visível e talvez mais ambicioso exercício de poder judicial” e que “nos próximos anos promete se tornar uma forma central – talvez a forma central – de adjudicação constitucional” (FISS, 1979, p. 2).

Essa previsão, todavia, não se confirmou. Para Myriam Gilles, embora não seja possível afirmar, como fazem alguns, que a *structural injunction* desapareceu completamente, não há como deixar de reconhecer uma mudança na visão dos próprios membros do Poder Judiciário

sobre seu papel, impulsionada por uma pressão de parte da sociedade que é crítica ao que se convencionou chamar de “ativismo judicial” (2003, p. 161-162).

Feita essa contextualização geral da *structural injunction*, é preciso dizer que alguns elementos decisivos para uma compreensão mais segura sobre as medidas estruturais nos Estados Unidos parecem não ter sido, ainda, objeto de grande interesse no Brasil, salvo muito pontualmente. Dois desses elementos são a relação, existente no *common law*, entre *injunction* e *equity*<sup>15</sup> e a peculiar interpretação que a Suprema Corte deu ao princípio da separação de poderes no âmbito da relação entre Cortes Federais e os Estados-membros dos Estados Unidos.

Esses dois aspectos, que serão objeto de investigação do subcapítulo seguinte, bem como o estudo da própria natureza e do conteúdo dos decretos (*decrees*) emitidos pelos juízes no contexto da *structural injunction*, formam a base para compreensão do fenômeno de expansão das reformas estruturais pela via judicial ocorrida nos Estados Unidos durante a segunda metade do século passado. Mais: eles sugerem, de forma bastante clara, que é necessário dar um passo atrás na discussão sobre medidas estruturais no Brasil, sob pena de, no ímpeto de importar uma criação de outro país, se defender e se legitimar uma atuação do Poder Judiciário que não encontra fundamento ou legitimidade na própria Constituição brasileira.

## **2.2 A *injunction* como remédio de *equity* e a (não) aplicabilidade do princípio da separação de poderes entre as Cortes Federais americanas e os Estados-membros**

No subcapítulo anterior, ressaltou-se que a *structural injunction* teve seu uso consideravelmente expandido pelas Cortes Federais americanas, especialmente em litígios que envolviam atribuições de Estados-membros. Essa particular configuração de “conflito federativo” (Cortes Federais assumindo funções tipicamente executivas e legislativas dos Estados) não é uma coincidência e, no mais das vezes, não é objeto de maiores reflexões no debate doutrinário brasileiro. Ela é, porém, imprescindível para compreender a razão pela qual a Suprema Corte daquele país reconheceu tão abrangente escopo de aplicação à *structural injunction*.

Como se sabe, após a conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066, formou-se uma sociedade dividida, habitada por povos de diferentes nações, situação que implicou enorme insegurança jurídica, uma vez que, a par do tradicional direito costumeiro inglês, passou a

---

<sup>15</sup> No Brasil, Desirê Bauermann é uma das autoras que contextualiza essa relação. Suas considerações em *Structural injunction no direito norte-americano* (2019, p. 253-256) foram de grande valia para incentivar o estudo do tema neste trabalho.

vigorar um direito feudal trazido do continente europeu. Para contornar esse problema, os reis Henrique I e Henrique II centralizaram e especializaram o sistema jurisdicional inglês, processo que resultou na instituição do chamado Tribunal Real de Justiça (*King's Court*), que buscou substituir, lentamente, os caóticos e múltiplos costumes locais por um direito comum (*common law*) da Inglaterra (MACÊDO, 2019, p. 50).

Assim, o *common law* surge como uma criação jurisprudencial: os julgadores decidiam considerando os costumes e suas decisões eram seguidas em casos futuros, a partir da compreensão de que o costume é apropriadamente revelado por um precedente (MACÊDO, 2019, p. 55-56). Foi desse modo que, com o passar dos séculos, o direito inglês deixou de ser um sistema consuetudinário e se tornou um verdadeiro sistema de precedentes.

Após um período de desenvolvimento e expansão dos *writs* do *common law*, que se diversificaram, o Parlamento inglês, por meio das reformas constitucionais de 1258 (*Provisions of Oxford*), limitou significativamente o número de *writs* que poderiam ser utilizados no âmbito da jurisdição real. Essa limitação tornou o *common law* um direito marcadamente formal nesse período, pois só haveria tutela para um caso se existisse um *writ* adequado para o mesmo. Dito de outro modo, havia, rigorosamente, um procedimento específico autorizado por um *writ* específico visando um direito específico, o que pode ser traduzido pelos brocardos “*remedies precede rights*” ou “*ubi remedium ibi ius*” (FONSECA, 2008; MACÊDO, 2019, p. 57). Desse modo, se não houvesse forma prescrita para se tutelar o direito, não haveria remédio a ser concedido (STORY, 1884, p. 16).

Como consequência desse excessivo formalismo, passou a existir um grave problema de acesso ao Judiciário (FONSECA, 2008). Ademais, mesmo nas situações em que era possível acessá-lo, o engessamento dos *writs* tornou inviável, em algumas situações, que os remédios de *common law* tutelassem de forma adequada e completa certos direitos (STORY, *cit*, p. 19).

Com os tradicionais meios de tutela do *common law* (*legal remedies*) sendo insuficientes para diversas situações, aqueles interessados em obter uma solução possivelmente mais adequada para seu caso passaram a apresentar uma petição diretamente ao rei, cuja apreciação logo foi delegada ao lorde chanceler (*lord chancellor*). Este passou a decidir os casos não albergados pelo *common law* na Corte da Chancelaria (*Court of Chancery*), órgão interno do Tribunal Real de Justiça que se tornou autônomo em meados do século XIV, onde atuava o lorde chanceler e seu pessoal. Como explica William Blackstone, citado por Joseph Story,

em parte por sua ignorância no direito [*law*] (já que eram frequentemente bispos ou homens de Estado), em parte pela ambição e cobiça pelo poder (encorajada por

princípios arbitrários de seu tempo), mas principalmente pela estreiteza e injustiça das decisões das Cortes de direito [*courts of law*], [os chanceleres] avocaram para si uma autoridade ilimitada, conforme tem sido dito pela totalidade de seus sucessores há mais de cem anos atrás (*apud* STORY, 1884, p. 14-15) (tradução nossa)<sup>16</sup>

Segue Story dizendo, no entanto, que,

[f]elizmente, mesmo nessa fase inicial, o conhecimento adquirido pelos chanceleres eclesiásticos sobre a equidade em geral e sobre a justiça no *civil law* os habilitou para julgar casos de um modo mais discreto do que o que poderia ter ocorrido. A partir desse momento, quando princípios de decisão vieram a ser postos em prática e estabelecidos pela Chancelaria, o direito romano forneceu princípios em abundância para montar uma superestrutura, até certo ponto sólida, conveniente, imponente, adaptada às vontades humanas e enriquecida por todos os conselhos de sabedoria humana, experiência e aprendizado. (1884, p. 15) (tradução nossa)<sup>17</sup>

Assim, o lorde chanceler passou a criar, com a autorização do rei e sob a inspiração do direito romano e do direito canônico, um novo corpo de procedimentos, regras e meios de tutela (*equitable remedies*) para julgar pedidos que envolviam direitos e pretensões não albergados nas tradicionais *Courts of law*. A *equity* surge, portanto, como uma espécie de válvula de escape para a tutela desses direitos, que passaram a ser conhecidos como *equitable rights*, em contraposição aos *legal rights* do *common law* tradicional.

Embora inicialmente não constituíssem um corpo de regras e princípios sistematizado, os julgamentos de *equity* assumiram, com o decorrer dos séculos, uma feição semelhante à do *common law*, sobretudo quando, a partir de Thomas More, os lordes chanceleres passaram a ser, todos eles, estudiosos do sistema de *common law* e conhecedores da centralidade dos precedentes. No entanto, embora a característica de *case law* também tenha sido incorporada à *equity*, o corpo de precedentes que revelava suas regras e princípios manteve-se dotado de nítida autonomia em relação ao corpo de precedentes do *common law* tradicional.

Assim, embora haja quem associe a noção de *equity* aqui estudada à concepção aristotélica de equidade, à “possibilidade de o juiz colocar em cada caso de lacuna a norma que faria se fosse legislador” (TORRES, 1992, p. 95), a um julgamento segundo o “prudente arbítrio do juiz”, “conforme o correto e o válido” (*ex aequo et bono*) ou, ainda, a um “justo natural” superior ao “justo legal”, nos moldes propostos por Recaséns Siches (STRECK; DELFINO,

---

<sup>16</sup> No original: “[P]artly from their ignorance of the law (being frequently bishops or statesmen), partly from ambition and lust of power (encouraged by the arbitrary principles of the age they lived in), but principally from the narrow and unjust decisions of the courts of law, had arrogated to themselves such unlimited authority, as hath totally been disclaimed by their successors, for now (1765) above a century past”.

<sup>17</sup> No original: “It was fortunate, indeed, that, even in those early times, the knowledge which the ecclesiastical chancellors had acquired of general equity and justice from the civil law, enabled them to administer them with a more sound discretion than could otherwise have been done. And from the moment, when principles of decision came to be acted upon and established in chancery, the Roman law furnished abundant principles to erect a superstructure, at once solid, convenient, and lofty, adapted to human wants, and enriched by all the aids of human wisdom, experience and learning”.

2015), essas associações, até certo ponto compreensíveis diante do contexto de surgimento da *equity*, não podem ser admitidas sem seríssimas ressalvas, diante da sistematicidade que esse sistema adquiriu com o passar dos anos.

Com efeito, como dito, com o passar do tempo, a discricionariedade e os julgamentos feitos, de certa forma, sem grandes amarras pelos lordes chanceleres nos primórdios da *Court of Chancery* – que foram, aliás, objeto de críticas severas<sup>18</sup> – cederam espaço, sobretudo após a importação da perspectiva de *case law*, a um sistema com regras e princípios próprios, extraídos a partir do exame de casos anteriores (REDESDALE *apud* STORY, cit, p. 14). Nesse contexto, torna-se difícil, senão impossível, associar a *equity* da tradição inglesa, em seu sentido técnico, aos demais sentidos que comumente são atribuídos à expressão “equidade”. Nesse sentido, de acordo com o *Black’s Law Dictionary*,

[o] significado da palavra “*equity*”, em sentido técnico na jurisprudência inglesa, se refere a isto: trata-se de uma simples expressão descritiva de um certo campo de jurisdição exercida, no sistema inglês, por certas Cortes, cuja amplitude e limites não são demarcados por parâmetros de princípio tanto quanto na constituição original do esquema inglês de remédios legais [*remedial law*] e seus desdobramentos acidentais.

Um sistema de jurisprudência colateral e, em certa medida independente, do “direito” [*law*] propriamente dito; cujo objetivo é tornar a administração da Justiça mais completa, concedendo tutela quando as Cortes de Direito [*courts of law*] são incompetentes para fazê-lo, ou para concedê-la com efetividade, ou exercendo certas funções de jurisdicionais independentemente delas. Isso é equidade em seu sentido moderno; um sistema elaborado de regras e processos, administrado em vários casos por Cortes distintas (chamados “Cortes de Chancelaria” [*courts of chancery*]) com jurisdição exclusiva sobre certas matérias. Ela “ainda é distinguida por seu princípio original de que nenhum direito pode deixar de ter um remédio adequado” e suas doutrinas se fundam na mesma base da justiça natural [com a qual não se confunde, todavia]; mas sua ação se tornou sistematizada, desprovida de qualquer indefinição ou arbitrariedade que pode alguma vez tê-la caracterizado, e é cuidadosamente regulada por regras fixas e precedentes como o próprio direito [*as the law itself*]. (1910, p. 433) (tradução nossa)<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Por muitos anos, aqueles versados no conhecimento do *common law* rejeitaram o papel exercido pelos lordes chanceleres. O jurista inglês John Selden, em tom irônico, já chegou a dizer que “no direito [*law*] temos uma medida, e sabemos em que confiar. Na *equity*, depende da consciência daquele que é chanceler; e, na medida em que esta é mais larga ou mais estreita, assim é a *equity*. É como se se estivesse buscando a medida do pé de um chanceler. Que medida incerta seria! Um chanceler tem um pé grande; outro tem um pé pequeno; um terceiro, um pé diferente. É a mesma coisa com a consciência do chanceler” [*For law we have a measure and know what to trust to. Equity is according to the conscience of him that is chancellor; and as that is larger, or narrower, so is equity. 'Tis all one as if they should make the standard for the measure a chancellor's foot. What an uncertain measure would this be! One Chancellor has a long foot; another a short foot; a third an indifferent foot. It is the same thing in the chancellor's conscience.*] (*apud* STORY, 1884, p. 13).

<sup>19</sup> No original: “*The meaning of the word 'equity', as used in its technical sense in English jurisprudence, comes back to this: that it is simply a term descriptive of a certain field of jurisdiction exercised, in the English system, by certain courts, and of which the extent and boundaries are not marked by lines founded upon principle so much as by the features of the original constitution of the English scheme of remedial law, and the accidents of its development.*” [...] *A system of jurisprudence collateral to, and in some respects independent of, "law," properly so called: the object of which is to render the administration of justice more complete, by affording relief where the courts of law are incompetent to give it, or to give it with effect, or by exercising certain branches of jurisdiction independently of them. This is equity in its proper modern sense; an elaborate system of rules and process,*

Blackstone foi um crítico contumaz daqueles que, mesmo após o amadurecimento da *equity*, buscavam associar suas Cortes a um papel que nunca foi seu (o de decidir segundo seu prudente arbítrio, quando entendesse inaceitável a aplicação do direito posto etc):

[S]e uma Corte de *equity* da Inglaterra realmente age da forma como muitos escritores criativos supuseram (em teoria) agir, ela se sobreporia acima do direito, tanto comum [*common law*] quanto legal [*statute law*], e se tornaria o mais arbitrário legislador em cada um de seus casos. Isso, no entanto, está tão longe de ser verdade que uma das mais comuns máximas que orientaram a atuação diária de uma Corte de *equity* é que a equidade segue a lei e observa e se orienta pelas analogias da lei. (*apud* STORY, *cit.*, p. 13-14) (tradução nossa)<sup>20</sup>

Portanto, é necessário observar que, no sistema de *equity* inglês, assim como no sistema tradicional de *common law*, existe um corpo próprio de regras e princípios firmados em precedentes que lhes imprimem certa coerência. Esses princípios e regras envolvem aspectos que, na tradição de *civil law*, costumam ser chamados de direito material<sup>21</sup> e de direito formal. Nesse sentido, não há como deixar de reconhecer a grande importância da *equity* no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito inglês, já que, como dito, ela funcionou como uma espécie de válvula de escape para lidar com pretensões que não haviam, à época da limitação dos *writs*, sido suficientemente submetidas às Cortes de *common law* e que, portanto, não possuíam, nesse sistema, um remédio mais adequado que as limitadas *monetary damages*<sup>22</sup>, de competência dessas Cortes. Pelo relevante papel que exerceu, há quem afirme que, na falta de uma divisão clara entre direito público e direito privado no direito inglês, a *summa divisio* dessa tradição jurídica é entre *common law* e *equity* (MACÊDO, 2019, p. 57).

Por outro lado, conquanto o sistema de *equity* tenha adquirido, com o tempo, a feição sistemática do *common law*, eles não se confundem, em que pese a existência de posições

---

*administered in many cases by distinct tribunals, (termed "courts of chancery"), and with exclusive jurisdiction over certain subjects. It is "still distinguished by its original and animating principle that no right should be without an adequate remedy", and its doctrines are founded upon the same basis of natural justice; but its action has become systematized, deprived of any loose and arbitrary character which might once have belonged to it, and as carefully regulated by fixed rules and precedents as the law itself".*

<sup>20</sup> No original: “[I]f a court of equity in England did really act, as many ingenious writers have supposed it (from theory) to do, it would rise above all the law, either common or statute, and be a most arbitrary legislator in every particular case. So far, however, is this from being true, that one of the most common maxims upon which a court of equity daily acts, is, that equity follows the law, and seeks out and guides itself by the analogies of the law”.

<sup>21</sup> Na Inglaterra, a *equity* se desenvolveu através de casos que lidavam com matérias específicas, como planejamento sucessório (especialmente *trusts*), sub-rogação (em sentido próximo ao estudado no direito das obrigações brasileiro), hipoteca (*mortgages*) e outros direitos de garantia (*fiduciary law*) etc. (BLACK, 1910, p. 433).

<sup>22</sup> As *damages* são remédios tradicionais do *common law* e consistem em uma condenação pecuniária em favor do titular de um direito. Assim, alguém com uma pretensão em face outrem poderia se valer da via tradicional da *monetary damages*, em uma corte de *common law*, pleiteando uma indenização. Mas se, ao invés disso, desejasse que o réu fizesse ou deixasse de fazer algo, com base nos mesmos fatos, teria que buscar a tutela desejada através do remédio de *equity* chamado *injunction*, que só se desenvolveu posteriormente.

contrárias na doutrina inglesa, que defendem uma verdadeira fusão<sup>23</sup>. De fato, mesmo com a unificação das Cortes inglesas, no século XIX, que permitiu que órgãos que até então só julgavam segundo as regras do *common law* passassem a julgar segundo as regras de *equity*, manteve-se a coerência de cada um dos corpos de regras, cujas feições substantivas, como se viu, são inconfundíveis.

Mais importante: a *equity*, até hoje, continua regida pelo princípio segundo o qual nenhum direito pode deixar de ter um remédio adequado (*no right should be without an adequate remedy*) (BLACK, 1910, p. 433). Trata-se de um princípio que, dentro de certas condições, legitima o Poder Judiciário a adotar provimentos inovadores para a solução da crise jurídica, na medida em que o conflito os exige. Tal princípio, mais tarde, contribuiria para legitimar a aplicação inédita das medidas estruturais em processos judiciais nos Estados Unidos, consideradas imprescindíveis para assegurar, com efetividade, a proteção a um direito constitucional violado. Portanto, por seu conteúdo substancial e por este princípio, que confere aos juízes uma maior flexibilidade no que diz respeito ao provimento concreto adequado para se tutelar um direito, é possível afirmar que ainda existem diferenças significativas entre *common law* e *equity*.

Esse recorte histórico é necessário para que se compreenda, minimamente, as consequências de se afirmar que a *injunction* é um remédio de *equity*, já que nasceu e se desenvolveu nas Cortes de *equity*, não nas de *common law*. Em sua forma clássica, ela muito se assemelha ao que, na tradição de *civil law*, é conhecido como ação de obrigação fazer ou não fazer: há uma *injunction* para proibir alguém de fazer algo (*prohibitory injunction*) e outra para obrigá-lo a fazê-lo (*mandatory injunction*), destacando-se, em ambos os casos, que o remédio se presta à defesa de direitos privados, não possuindo, em um primeiro momento, a dimensão pública característica da *structural injunction* americana, que só muitos anos depois surgiria (TORRES, 1992, p. 105). Ao conceder uma *injunction*, a Corte aplica todos os seus poderes

---

<sup>23</sup> Há muita polêmica nessa discussão. Há quem defenda, por exemplo, a possibilidade de englobar as regras de *equity* em um corpo jurídico mais amplo chamado de direito do enriquecimento sem causa [*law of unjust enrichment*], que se desenvolveu, inicialmente, a partir de casos decididos segundo os procedimentos do *common law* tradicional e que ganhou reconhecimento como um campo específico do direito inglês a partir do início do século XX. Os defensores dessa fusão levam em consideração a aproximação temática entre as matérias tipicamente levadas à apreciação das Cortes de *equity* (algumas delas apresentadas na penúltima nota de rodapé) e as tratadas originalmente no *law of unjust enrichment*, o que é objeto de polêmica. Uma contextualização mais geral sobre o debate acerca da fusão do *common law* tradicional e da *equity* pode ser encontrada em BURROWS, Andrew. We do this at common law but that in equity. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 1, p. 1-16. Oxford: University Press, 2002.

coercitivos para obrigar o réu a cumprir a ordem, sob pena de responsabilização civil e penal (UNITED STATES, 1924).

Em síntese, por ter se desenvolvido no bojo das Cortes de *equity*, que assumiram, após as reformas constitucionais de 1258 (*Provisions of Oxford*), o papel criativo tolhido da *common law* tradicional, a partir do princípio de que nenhum direito pode deixar de ter um remédio adequado, a *injunction* é considerada um remédio de *equity*. Esse remédio busca atender às situações de direito material que reclamam um fazer ou não fazer do réu e sua história é, portanto, também a história do reconhecimento e do desenvolvimento, pela jurisprudência das Cortes de *equity*, das, por assim dizer, “obrigações de fazer e não fazer” de diferentes ramos do “direito material privado”<sup>24</sup> inglês, guardadas as devidas ressalvas quanto à comparação.

A divisão entre *common law* e *equity*, incluindo seus respectivos direitos e remédios, foi tamanha que chegou a ser importada para as colônias da Inglaterra, se desenvolvendo de formas diferentes em cada uma delas. Nos Estados Unidos, a Constituição Federal, em seu art. III, seção 2, atribuiu às Cortes Federais a competência para julgar os casos que envolvam a Constituição, bem como outras questões federais, tanto por *common law* quanto por *equity*, observando-se, para fins de delimitação do alcance da jurisdição de *equity*, todas as matérias cujas controvérsias a *Court of Chancery* inglesa admitia, à época da promulgação da Constituição (PETERS, 1845, p. 83 e 94). No âmbito dos Estados-membros, alguns optaram

---

<sup>24</sup> Muito se discute se os remédios são regidos por normas materiais ou formais. O debate é particularmente relevante nos Estados Unidos, sobretudo após o julgamento de *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, em 1938, e de *Guaranty Trust Co. v. York*, em 1945, que tratam de casos de *diversity jurisdiction* (que envolvem situações próximas ao que, no direito brasileiro, se entende por fato extranacional, que é o objeto do direito internacional privado. A diferença é que, nos Estados Unidos, os casos de *diversity* não necessariamente envolvem extraterritorialidade das normas de um país, se caracterizando, também, quando a relação jurídica extrapola os limites territoriais de um Estado-membro, até porque estes, ao contrário do que ocorre no Brasil, possuem, por conta de características próprias do federalismo norte-americano, amplas competências para legislar sobre “direito material”, gerando, não raro, conflitos. Nos Estados Unidos, as Cortes Federais também possuem competência sobre casos de *diversity*). O que, de forma geral esses precedentes concluíram é que, nos casos de *diversity jurisdiction*, as Cortes Federais devem, após solucionar o conflito de lei, julgar conforme o “direito material” do Estado. Mas elas não ficam limitadas às leis estaduais para questões de procedimento, podendo aplicar os remédios de *equity* apropriados aos casos que lhe forem submetidos, desde que isso não afete o resultado material do caso em questão, caso fosse aplicado um remédio do próprio Estado. O problema é que, para alguns, não é possível dizer que os remédios se sujeitam a normas materiais ou formais. Eles se situariam em uma zona cinzenta. É essa a visão de Dan B. Dobbs, David Crump e Douglas Laycock, por exemplo, de acordo com Michael T. Morley. Este, por sua vez, vai além, afirmando que os remédios são, na verdade, uma questão de direito material, conclusão que bate de frente com as premissas adotadas em *Erie* e *Guaranty*. Uma excelente introdução a essa discussão pode ser encontrada em artigo de sua autoria, que discute, a partir dessa problemática, em quais circunstância uma Corte Federal pode conceder um remédio de *equity*, como uma *injunction*, em casos de *diversity*: MORLEY, M. T. The federal equity power. *Boston College Law Review*, v. 59, n. 1, 2018, p. 217-80. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3616&context=bclr>>. Acesso em 02 jun 2021.

por seguir a tradição original inglesa, mantendo Cortes separadas para *equity* e *common law*, enquanto outros seguiram o modelo unificado do Judiciário federal<sup>25</sup>.

Conquanto atualmente haja certa polêmica no que diz respeito à possibilidade de uso, pelas Cortes Federais, de remédios de *equity* em questões estaduais que porventura venham a ser por elas apreciadas<sup>26</sup>, tem-se entendido que, em se tratando de pretensões que envolvam a Constituição Federal, uma Corte Federal pode aplicar os princípios tradicionais de *equity*, em especial o conhecido princípio de que nenhum direito pode deixar de ter um remédio adequado (*no right should be without an adequate remedy*), exceto se o Congresso houver legislado em sentido contrário (estabelecendo um *legal remedy* direto, adequado e completo para a pretensão, por exemplo). Isso se aplica ainda que a violação tenha sido perpetrada por um órgão de um Estado-membro.

Desse modo, quando a Suprema Corte, que também possui poderes para julgar por *equity*, refletiu, no julgamento de *Brown*, sobre as dificuldades reais que envolviam a superação da segregação racial nos Estados Unidos e sugeriu a possibilidade de substituir a mera declaração da inconstitucionalidade pela reforma gradual e efetiva das instituições, fez tal ponderação com base nos princípios desse sistema específico: “deve essa Corte, no exercício de seus poderes de *equity*, permitir uma efetiva e gradual reforma sobre o atual sistema segregatório visando um sistema que não se baseie na distinção de cor?” (UNITED STATES,

---

<sup>25</sup> Até hoje o Estado de Delaware possui sua própria *Court of Chancery*.

<sup>26</sup> Pouco após a promulgação da Constituição, o *Judiciary Act* de 1789 consagrou a subsidiariedade da *equity* em relação à *common law*<sup>26</sup> (em que pese a existência de posições críticas a essa relação subsidiariedade, como, por exemplo, a do próprio Owen Fiss, cf. RENDLEMAN, 1979, p. 200) ao determinar que “nenhuma ação de *equity* será admitida em qualquer corte dos Estados Unidos caso haja um remédio direto, adequado e completo de *law*” (No original: “*And be it further enacted, that suits in equity shall not be sustained in either of the courts of the United States, in any case where plain, adequate and complete remedy may be had at law*”) (PETERS, 1845, p. 82), sendo tal subsidiariedade mais tarde confirmada pela sétima emenda à Constituição. Contudo, é preciso observar que, nas situações que envolvem questões estaduais e Cortes Federais, a relação entre os remédios de *common law* (*legal remedies*) e de *equity* (*equitable remedies*) possui contornos próprios. Nesses casos, observa-se uma forte limitação da influência de leis estaduais (*state laws*) e precedentes de Cortes Estaduais em relação à jurisdição de *equity* exercida pelas Cortes Federais (MORLEY, 2018, p. 233). Com efeito, o que se verifica ao longo do desenvolvimento do sistema de Justiça dos Estados Unidos é que, ainda que os Estados tivessem assegurado às suas Cortes jurisdição sobre algumas ou todas as pretensões de *equity* ou até mesmo se negado a reconhecer a *equity*, isso em nada afetaria a jurisdição federal. Uma Corte Federal também não poderia permitir alegações e defesas próprias da *equity* em ações de *common law*, ainda que os Estados assim admitissem. Ademais, ao decidir sobre a existência de um *legal remedy* capaz de obstar a busca por uma tutela de *equity*, as Cortes Federais se limitavam aos *legal remedies* já existentes no *common law* da Inglaterra até 1789 e, a partir desse marco temporal, aos criados pelo Congresso dos Estados Unidos, desconsiderando, portanto, possíveis *legal remedies* dos Estados-membros, ainda que perfeitamente adequados à situação (MORLEY, 2018, p. 233-235). Portanto, o que se percebe é que, no âmbito das Cortes Federais, a jurisdição de *equity* possui nítidos traços de autonomia em relação a certas regras e precedentes dos sistemas estaduais, sendo essa uma característica importante que ajuda a compreender a dimensão que a *structural injunction* assumiu nos Estados Unidos.

1954) (tradução nossa)<sup>27</sup>. Igualmente, as reflexões sobre o conteúdo dos decretos (*decrees*) que poderiam ser formulados pelos juízes também se assentaram nos poderes de *equity*.

A natureza “equitativa” do remédio, mais tarde confirmada por *Brown II*, motivou Owen Fiss a dar um passo além na classificação tradicional das *injunctions*, reformulando suas clássicas formas proibitiva (*prohibitory injunction*) e mandatória (*mandatory injunction*) e visualizando uma nova espécie do remédio: a *structural injunction*, que se distinguia das formas tradicionais também pela evidente dimensão pública que assumia. Doug Rendleman explica que

[a] outra grande controvérsia de interesse de Fiss [tratada em seu livro *The civil rights injunction*] envolve a visão tradicionalmente aceita de que as *injunctions* são de dois tipos, chamadas por alguns de interlocutórias ou finais<sup>28</sup> e por outros como mandatórias ou proibitórias. Fiss defende que há, na realidade, três espécies de *injunctions* que subsistem lado a lado. A primeira é a tradicional *injunction* preventiva [*preventive injunction*], uma interdição pessoal fundada na doutrina convencional. Ela proíbe um litigante de invadir, infringir direitos autorais ou cavar um canal, ameaçando com sanções criminais a violação da ordem. Em seguida, Fiss discute a *injunction* reparatória [*reparative injunction*]; ela é dirigida a algum malfeitor para que pare de fazer o que fez de errado e, possivelmente, para que o faça novamente, mas da forma correta dessa vez. Fiss se refere a este tipo de remédio como concretamente compensatório [...]. Finalmente, Fiss identifica e descreve um terceiro tipo de *injunction*, que ele chama de *structural injunction*.

Nomear a *structural injunction* e articular algumas de suas características gerais são a maior contribuição de Fiss para nossa contínua tarefa de compreender a *equity*. Juízes se valem da *structural injunction* para reorganizar instituições governamentais existentes, como escolas, hospitais psiquiátricos e prisões, porque eles entendem que o modo que as autoridades operam essas instituições viola a Constituição. A *structural injunction* se difere fundamentalmente dos outros tipos de *injunction*. A apuração de danos característica da *injunction* reparatória é necessariamente inadequada nesses casos. Os cidadãos são considerados os destinatários centrais para, por exemplo, usufruir de um sistema de ensino unitário, para serem bem tratados quando em custódia institucional ou para se verem livres de punições cruéis. Ademais, ao contrário das *injunctions* preliminares ou das ordens de restrição temporárias [*temporary restraining orders*], *structural injunctions* quase nunca são concedidas sem publicidade e oitivas. De fato, elas são concebidas em conjunto com escutas contínuas, apurações detalhadas da realidade e múltiplas propostas de planos. Esse aspecto processual da *structural injunction* é responsável, em boa medida, por suas peculiaridades marcantes. (1979, p. 200-201) (tradução nossa)<sup>29</sup>

<sup>27</sup> No original: “[M]ay this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions?”.

<sup>28</sup> Essa é uma classificação secundária das *injunctions*, mais preocupada com o momento em que são concedidas no processo.

<sup>29</sup> No original: “Fiss’s other chief contention concerns the long-accepted view that injunctions are of two varieties, labeled by some as interlocutory or final, and by others as mandatory or prohibitory. Fiss argues that there are in reality three related but discrete subspecies of the beast injunction subsisting side by side. The first is the traditional preventive injunction, a personalized interdiction grounded in conventional doctrine. It forbids a losing litigant to trespass, infringe the copyright, or dig the canal, and it threatens criminal contempt as the sanction for violation. Next, Fiss discusses the reparative injunction; it directs the miscreant who has done something wrong to cease, and possibly also to do it over, but correctly this time. Fiss refers to this type of remedy as compensation in kind, or as an in-kind damage judgment. Finally, Fiss identifies and describes a third type of injunction, which he terms the structural injunction. Naming the structural injunction and articulating some of its general characteristics are Fiss’s major contributions to our continuing effort to understand equity. Judges use

Em suas considerações sobre a natureza e o conteúdo da *structural injunction*, bem expostas em *Fazendo da Constituição uma verdade viva*, Owen Fiss demonstra o “salto” dado dos modelos clássicos de *injunction* em direção às medidas estruturais adotadas pelos juízes americanos. Suas quatro aulas que compõem o texto são baseadas em um exemplo hipotético, inspirado no processo de reforma prisional do Arkansas<sup>30</sup>. Ele envolve (i) uma prisão superlotada (ii) na qual guardas praticam torturas contra detentos e (iii) na qual os agentes penitenciários não têm sido capazes de estabelecer regras padronizadas para determinar quando o isolamento nas solitárias (muito mais gravoso) é ou não justificado, bem como sua duração, fazendo com que presos fiquem, sem qualquer critério objetivo, meses na solitária.

Fiss, a partir de seu exemplo, aponta a inadequação do “modelo de resolução de disputas”, isto é, do modelo processual tradicional, bipolar e adversarial, no qual o juiz se limita a dizer quem está certo e quem está errado. Aponta, também, os problemas que uma *injunction* proibitiva tradicional, com uma proibição generalizada da prática de qualquer método de tortura causaria: como os guardas ainda teriam alguma liberdade, haveria discussão sobre o que é e o que não é tortura. Consequentemente, a *injunction* tradicional estaria sendo permissiva com a potencial prática de atos de tortura, até que o juiz se manifestasse sobre sua legalidade. Pior: a manifestação judicial sobre se uma prática é, ou não, considerada tortura dependeria da provocação do juiz por um detento, que se encontra em uma situação de evidente hipossuficiência (FISS, 2019, p. 781-782).

Assim, considerando essas dificuldades práticas, um juiz, com base, como visto, em seus poderes de *equity*, poderia formular um remédio direto, eficaz e apropriado para lidar com a questão da tortura, como a edição de uma lista de punições que os guardas podem empregar e a determinação de instituição, dentro do estabelecimento prisional, de uma agência para supervisionar seu funcionamento e elaborar relatórios periódicos (FISS, 2019, p. 782). Esse remédio, segundo nos parece, à luz das lentes do direito brasileiro, envolve medidas de efeitos concretos (estabelecimento de uma agência de fiscalização), de natureza normativa, ou algo

---

*structural injunctions to reorganize existing governmental institutions, such as schools, mental hospitals, and prisons, because they find that the ways the authorities operate the institutions violate the Constitution. Structural injunctions differ fundamentally from other types of injunctions. The in-kind damage awards associated with reparative injunctions are necessarily inadequate in these situations. Citizens are entitled as an original matter, for example, to enjoy a unitary school system, to be treated when institutionally committed, or to be free of cruel and unusual punishment. Furthermore, unlike preliminary injunctions or temporary restraining orders, structural injunctions almost never spring full-blown into being without notice and a hearing. Indeed, they are issued in conjunction with protracted hearings, detailed findings, and multiple submissions of plans. This procedural aspect of structural injunctions is responsible for much of their uniqueness”.*

<sup>30</sup> Uma abrangente análise sobre as reformas do sistema prisional pode ser encontrada em VIOLIN, J. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 501-550.

próximo disso<sup>31</sup> (elaboração de uma lista de punições), e de natureza “mista”, isto é, tanto “normativa” quanto de efeitos concretos (exigir que a agência de fiscalização atue dentro de determinados parâmetros fixados pelo próprio juiz, apresentando relatórios etc).

Para o problema dos confinamentos em solitária, Fiss sugere que a Corte poderia estabelecer um procedimento obrigatório (compatível com o devido processo legal) a ser observado pelas autoridades antes de o confinamento solitário ser executado (2019, p. 783). Parece-nos que há, aqui, uma outra medida de natureza normativa (ou próxima disso): a *injunction* estaria estabelecendo a necessidade de um processo ou de medidas processuais anteriores à imposição da solitária, inovando e modificando o funcionamento da prisão.

Por fim, em relação ao problema da superlotação, sugere:

[O] juiz deveria, creio eu, especificar na medida liminar inicial até que ponto a capacidade da prisão deveria ser ampliada e então direcionar as autoridades estatais apropriadas – por exemplo, o superintendente estadual de prisões e o governador – para tomar as medidas necessárias para obter prontamente o financiamento para tal expansão.

As *structural injunctions* que determinam a construção de instalação de detenção adicionais terão claramente um impacto significativo sobre o Erário. Assim como as ordens que restringem a tortura e o encarceramento solitário. Em todos esses casos, o resultado será um aumento nos tributos ou uma realocação de recursos públicos que agora estão sendo gastos em transporte e educação. As consequências orçamentárias de uma medida estrutural devem ser reconhecidas, mas não constituem uma razão suficiente para impedir o uso desse instrumento. Elas deveriam, ao invés disso, ser vistas como o preço do constitucionalismo (2019, p. 783-784).

Aqui, como se vê, são propostas medidas concretas particularmente intrusivas na atividade do Poder Executivo.

Sobretudo no que diz respeito às medidas mais concretas (no sentido de não possuírem natureza “normativa”), não há como deixar de observar certa correlação entre o “salto” dado pelos juízes americanos (da *injunction* proibitiva em direção à *structural injunction*) com as normas do CPC brasileiro que, consagrando o poder-dever de efetividade, conferem ao juiz poderes para adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (art. 139, inc. IV, do CPC) e para impor, nas execuções de obrigações de fazer e não fazer, multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, dentre outras medidas (art. 536, § 1º, do CPC).

---

<sup>31</sup> Ao que tudo indica – e isso será melhor abordado no último capítulo –, esse tipo de medida que estabelece “padrões gerais” de conduta em face de um quadro de omissão normativa guarda forte semelhança com a carga eficaz do mandado de injunção brasileiro. Como, por aqui, não há dúvidas que o juiz não expede o ato normativo em si, mas apenas concede concretamente o direito, estabelecendo, diante da omissão normativa, condições para seu exercício, preferimos, igualmente, por excesso de cautela, não caracterizar as medidas aplicadas pelo juiz no caso hipotético de Fiss como literalmente normativas.

Tais dispositivos, como se sabe, consagram a possibilidade de adoção de medidas executivas atípicas, orientadas pelo princípio da adequação (DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 84). No âmbito do processo coletivo, igualmente, é possível mencionar o art. 84, *caput* e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, que confere ao juiz, nas obrigações de fazer e não fazer, a possibilidade de determinar as medidas necessárias para se obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente.

A similaridade reside no fato de que, tanto no exemplo hipotético de Fiss quanto nas normas processuais brasileiras, o mero reconhecimento do dever de fazer ou não fazer algo cede em torno de uma atuação mais criativa do juiz, com a aplicação de novas medidas tendentes ao cumprimento da obrigação, na exata medida que o contexto fático exige. Se, na *injunction* tradicional, há uma correlação muito clara entre o remédio e o direito material, traduzida, talvez, em uma ideia de referibilidade, na *structural injunction* essa correlação se flexibiliza, se aproximando muito mais de uma relação de acessoriedade em relação ao direito material. Isso ajuda a explicar a grande flexibilidade da *structural injunction*, que confere uma nova dimensão ao princípio de *equity* de que nenhum direito pode deixar de ter um remédio adequado.

O magistrado brasileiro, por sua vez, guardadas as devidas proporções e ressalvas, também parece atuar conforme esse princípio quando impõe medidas executivas mais efetivas para que se cumpra uma obrigação, esta reconhecida em sentença ou decisão interlocutória de mérito (definitiva ou provisória, nos casos de tutela provisória). Há aqui, também, uma relação de acessoriedade entre a medida executiva e o direito a ser tutelado. A grande questão é: até aonde vai esse poder-dever de efetivação? É possível que um juiz brasileiro, com bases nesses dispositivos do CPC e do CDC, adote medidas semelhantes ao juiz do caso hipotético de Fiss, criando agências e estabelecendo listas de punições que os guardas podem empregar? Essa atuação é compatível com a nossa Constituição? Sob quais condições?

As normas que consagram o poder-dever de efetivação parecem ser o *locus* normativo perfeito para se pensar em medidas estruturais mais concretas, por de certa forma incorporarem o princípio que regia a atividade dos juízes americanos. Concordamos, por isso, com a posição de Freddie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, que é justamente nesse sentido (2019, p. 349) e que buscaremos aprofundar no último capítulo deste trabalho. Por outro lado, diante de existência de ações próprias para controle de omissões normativas no sistema processual brasileiro (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção), é necessário ter certa cautela antes de afirmar que todas as medidas aplicadas pelo juiz de Fiss poderiam ser aplicadas por juízes brasileiros em uma execução. Ao nosso sentir, medidas de

natureza normativa (ou próxima disso), como uma listagem de punições, merecem ser analisadas a partir de outro ângulo, como se demonstrará, também, no último capítulo deste trabalho.

Tiradas as conclusões parciais acima, veja-se que a natureza equitativa da *injunction* explica a ampla criatividade dos juízes americanos, apontada por Desirê Bauermann (2019, p. 256), nos processos de reforma institucional, criatividade essa que contagiou também a doutrina entusiasta. Nesse contexto, há uma óbvia objeção que se poderia apresentar em face dessa nova forma de atuação do Judiciário: isso não viola o princípio da separação de poderes?

Surpreendentemente – e aqui volta a importância da questão federativa a que se tem aludido neste subcapítulo –, vários julgados da Suprema Corte no período pós-*Brown* se firmaram no sentido de que *o princípio da separação de poderes não se aplica ao relacionamento entre Cortes Federais e Estados* (NAGEL, 1978, p. 666). Assim, por mais intrusiva que as medidas dos juízes fossem, a alegação de invasão nas competências dos poderes Executivo e Legislativo dos Estados-membros, via de regra, não era suficiente para que refrear a atuação dos juízes federais. Portanto, tais juízes, quando do exercício da jurisdição de *equity*, além de não se sujeitarem totalmente às leis, remédios e precedentes estaduais<sup>32</sup>, também não teriam sua atuação limitada pelo princípio da separação de poderes.

O raciocínio por trás desse entendimento se baseia na premissa de que a separação de poderes envolve uma divisão “horizontal” de atribuições entre cada um dos poderes de um ente político (Executivo, Legislativo e Judiciário), ao passo que a distribuição “vertical” de competências estaria suficientemente descrita no conceito de federalismo. Assim, como explica Nagel, haveria, para a Suprema Corte dos Estados, uma dicotomia tão estanque entre essas duas formas de distribuição de atribuições e competências, que a atuação das Cortes Federais não sofreria qualquer restrição constitucional formal em face das alegações de usurpação dos papéis dos poderes Executivo e Legislativo dos Estados-membros<sup>33</sup> (NAGEL, 1978, p. 665).

---

<sup>32</sup> Vide nota de rodapé 26.

<sup>33</sup> Ilustrativamente, em *Elrod v. Burns* (1976), caso que envolvia a demissão de empregados de um Condado por motivação política, o argumento de que a nomeação e a remoção de agentes públicos pelo Executivo era uma prerrogativa do próprio Executivo foi rejeitado, reconhecendo-se que foi violado o direito de livre associação pacífica, assegurado pela 1ª Emenda da Constituição. Na oportunidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos expressamente se manifestou no sentido de que “a resposta curta para esse argumento é que o princípio da separação de poderes, como a doutrina da questão política, não possui aplicabilidade ao relacionamento entre o Judiciário federal e os Estados” [*The short answer to this argument is that the separation of powers principle, like the political question doctrine, has no applicability to the federal judiciary's relationship to the States*] (NAGEL, 1978, p. 665). Em outros julgamentos emblemáticos, como *Baker v. Carr* (1962) e *Mayor of Philadelphia v. Education Equality League* (1974), a Corte manteve, no fundo, esse mesmo entendimento, embora de forma mais matizada (NAGEL, 1978, p. 665-666). Esse modo de compreender a separação de poderes é duramente atacado

Desse modo, ainda que seja possível reconhecer certa similaridade entre o princípio fundamental de *equity* e a lógica das medidas executivas atípicas, é forçoso concluir que, no contexto da *structural injuncion*, a jurisdição federal norte-americana se expandiu a partir de uma premissa totalmente incompatível com o direito brasileiro. De fato, seria perda de tempo buscar convencer um jurista brasileiro de que a separação de poderes não se aplica na relação entre os Tribunais Regionais Federais e os entes federados locais. A ideia de que o Judiciário da União não tem sua atuação limitada pelo princípio da separação de poderes em face desses outros entes é absurda e não demanda maiores energias<sup>34</sup>.

Tal diferença de atuação, ao que tudo indica, demonstra a necessidade de extrema cautela nas discussões. Os séculos de produções doutrinárias feitas no Brasil sobre as funções do Estado e seu exercício, típico e atípico, pelos poderes não podem ser simplesmente descartados para viabilizar uma importação irrefletida das medidas estruturais utilizadas pelos juízes americanos. O fato de a Suprema Corte dos Estados Unidos ter referendado esse tipo de atuação de seus juízes federais, segundo nos parece, é irrelevante para o direito brasileiro. Assim, qualquer discussão sobre um “processo estrutural” brasileiro não pode perder isso de vista, sob pena de legitimar uma atuação do Poder Judiciário que não encontra fundamento ou legitimidade na própria Constituição Federal.

Considerando que, nos Estados Unidos, foi a *equity* que permitiu o “passo além” dado pelas Cortes Federais na segunda metade do século XX, com medidas de natureza normativa e de efeitos concretos que substituem a atuação típica dos poderes Executivo e, em certos casos, Legislativo; e que tal atuação foi respaldada pela Suprema Corte daquele país, que rechaçava a aplicação do princípio da separação dos poderes, é certo que a experiência norte-americana não pode ser mais que uma simples inspiração para os juristas brasileiros. As medidas estruturais, quando aplicadas por aqui, devem ser concebidas à luz da nossa Constituição, a partir de nossas próprias leis processuais e da vasta produção doutrinária que existe a seu respeito.

À vista de tudo que já foi dito, o último capítulo deste trabalho buscará sugerir alguns parâmetros e condições para uma legítima aplicação das medidas estruturais no processo judicial brasileiro, dialogando com as propostas doutrinárias apresentadas no primeiro capítulo.

---

por Nagel, que invoca vastos elementos da história constitucional americana e outros julgados da própria Suprema Corte que seriam mais que suficientes para infirmar essa conclusão.

<sup>34</sup> Essa é, também, a opinião de Nagel e outros constitucionalistas americanos que, todavia, foram taxados de “conservadores”, por defenderem essa posição, até hoje não aceita pela Suprema Corte americana (GILLES, 2003, p. 146).

### 3 CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURAIS

#### 3.1. Caracterização do problema

No capítulo anterior, afirmou-se ser possível identificar certa correlação entre o “salto” que os juízes americanos deram da *injunction* proibitiva tradicional para a *structural injunction* com as normas do CPC e do CDC que consagram o poder-dever de efetividade das decisões que impõem obrigações de fazer e não fazer (cláusulas gerais executivas que autorizam medidas atípicas). Em ambos os casos, há certa margem de abertura para o juiz aplicar medidas não discutidas desde o início do processo, visando assegurar, com efetividade, o direito reconhecido.

A questão, que agora nos propomos a examinar mais detidamente, é: pode um juiz brasileiro, com base nos arts. 139, inc. IV, 536, § 1º, do CPC, e 84, *caput* e § 5º, do CDC, adotar medidas semelhantes às propostas por Owen Fiss em *Fazendo da Constituição uma verdade viva*? Se sim, em que condições? Para uma melhor sistematização, os subcapítulos que se seguem foram divididos a partir dos critérios que, conjuntamente, devem orientar um magistrado que se deparar com essas perguntas.

#### 3.2. Existência ou não de norma regulamentadora do funcionamento da instituição pública

A primeira observação a ser feita é que algumas das medidas sugeridas por Fiss, em seu caso hipotético, partem da premissa de que não há norma regulando o funcionamento da prisão, o que justificaria que o juiz adotasse medidas de natureza normativa (ou algo muito próximo disso). É necessário ter em conta, todavia, que, no processo brasileiro, existem meios processuais específicos para lidar com a situação de omissão normativa inconstitucional: trata-se do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Aliás, uma das medidas do juiz de Fiss parece se enquadrar, se não perfeitamente, de forma altamente satisfatória ao provimento que o Judiciário brasileiro pode conceder em sede de mandado de injunção.

Pensando no exemplo do detento sujeito à cela solitária, imaginemos que a nossa Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), o Regulamento Penitenciário Federal (Decreto nº 6.049/07) e os atos normativos das prisões brasileiras não apresentassem qualquer disposição sobre um processo administrativo disciplinar para apurar falta grave, antes da aplicação da sanção do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Nesse contexto, se um preso fosse posto nesse regime

por conta de uma suposta falta grave, mas sem o prévio processo administrativo para se defender, poderia impetrar *habeas corpus* pleiteando o retorno ao regime anterior, sob a alegação de violação, por exemplo, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Mas, pensando no quadro apresentado por Fiss, se o estabelecimento prisional estivesse sistematicamente pondo detentos nesse regime dessa forma, isto é, sem observar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, realmente seria indicado buscar um provimento mais adequado e efetivo ao caso. Certamente um bom processualista penal sugeriria um *habeas corpus* coletivo e é bem verdade que, talvez, fosse concedida a ordem para impedir que a generalidade dos presos fosse posta no RDD, nessa situação. A mesma provocação feita por Fiss poderia, todavia, ser dirigida a essa situação: e se a administração da prisão estabelecesse um procedimento absolutamente sumário, sem necessidade de oitiva da testemunha, sem defesa técnica obrigatória e sem a possibilidade de produção de provas, seria possível dizer que os direitos constitucionais do preso estariam sendo garantidos? É claro que não<sup>35</sup>. É esse o risco que Fiss visualiza no estabelecimento de uma proibição geral de não fazer algo.

Não poderia, então, o Poder Judiciário dar um passo além e, ao invés de apenas proibir que um detento seja posto no RDD sem que sejam observados seus direitos constitucionais, estabelecer *de que modo* esses direitos serão efetivamente respeitados? Nesse caso, o juiz estaria muito perto de assumir a função do órgão legislativo, a quem compete estabelecer as regras do processo administrativo. Mas o fato é que, diante dessa omissão normativa inconstitucional e do risco de outros presos terem seus direitos violados por conta da pouca serventia prática que uma ordem genérica pode oferecer, o direito brasileiro autoriza, sim, uma atuação desse tipo do Judiciário.

Ocorre que, como o provimento que vai ser dado pelo juiz não se presta a obrigar a instituição pública a cumprir uma obrigação específica prevista em lei ou em algum ato normativo infralegal, mas sim a estabelecer a própria obrigação, a margem de “criatividade” que é dada ao Judiciário não decorre da utilização de medidas atípicas de execução, que reclamam acessoriedade a uma obrigação específica. O quadro é de uma omissão normativa e, nesse contexto, há um remédio específico previsto para assegurar os direitos dos presos, que é

---

<sup>35</sup> A propósito, o Superior Tribunal de Justiça não apenas reputa imprescindível o processo administrativo, como considera a falta de defesa técnica causa de nulidade: “A ausência de defesa técnica em procedimento administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta grave em execução penal viola os princípios do contraditório e da ampla defesa e enseja nulidade absoluta do PAD” (Enunciado nº 6 da 45ª edição do *Jurisprudência em Teses*).

o mandado de injunção, a ser impetrado por um detento ou por um legitimado coletivo (no caso de mandado de injunção coletivo).

O inc. II do art. 8º da Lei do Mandado de Injunção (Lei nº 13.300/16), ao autorizar que o órgão jurisdicional não apenas notifique o ente responsável pela omissão normativa, mas estabeleça, ele mesmo, as condições em que se dará o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas constitucionais violadas, confere poderes extremamente significativos para o Poder Judiciário em casos como esse. A solução do mandado de injunção, além de proteger os presos contra a imposição de um RDD arbitrário, sem o devido processo legal, afasta os riscos que uma ordem genérica pode trazer. E, além do mais, possui a vantagem de não inviabilizar por completo a aplicação dessa sanção disciplinar.

Ao conferir ao julgador poderes para que estabeleça condições de garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, haveria espaço para o exercício de um poder muito próximo<sup>36</sup> do “poder normativo” previsto por Owen Fiss em seu artigo: o juiz, caso repute insuficiente a norma regulamentadora, pode estabelecer um prazo máximo de imposição do RDD, condições para sua prorrogação, a obrigatoriedade de defesa técnica, o direito de recorrer, a forma de condução do PAD, os sujeitos envolvidos, prazos e todos os demais aspectos que julgar necessário para assegurar os direitos constitucionais violados.

Nesse sentido, é possível dizer que a amplitude dos poderes do juiz no mandado de injunção muito se aproxima do princípio fundamental de *equity*: nenhum direito pode deixar de ter um remédio adequado. Na ausência de norma obrigando o poder público a fazer ou deixar de fazer algo para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ou sendo ela insuficiente<sup>37</sup>, o Judiciário, de forma contingencial, preenche o vazio normativo com um provimento concreto, concedendo o remédio em favor do impetrante e modificando o comportamento da instituição.

A despeito de sua proximidade com a cláusula executiva geral do processo comum que, ao que tudo indica, também se inspira no mesmo princípio de *equity*, há uma distinção marcante na atuação do juiz nesses dois casos: no mandado de injunção, há uma causa de pedir específica

---

<sup>36</sup> Necessário registrar que, no mandado de injunção, ao contrário do que pode ocorrer, dentro de uma concepção concretista, em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao julgador não é dada a possibilidade de criar uma norma abstrata, mas sim de estabelecer as condições para assegurar que o comportamento estatal observe os direitos constitucionais do impetrante. Constrói-se uma regra aplicável a partir de um caso concreto e, portanto, o remédio é concedido na medida da necessidade do impetrante, produzindo efeitos concretos.

<sup>37</sup> Se já existisse norma regulamentadora que protege de forma suficiente os direitos constitucionais do preso e que estivesse sendo simplesmente desrespeitada, o mandado de injunção, evidentemente, não poderia ser admitido. O caso seria de mandado de segurança ou ação de obrigação de fazer ou não fazer.

(omissão inconstitucional) e uma sentença com carga eficaz igualmente específica, determinando a notificação do ente público em mora e estabelecendo condições para o exercício do direito, caso a mora não seja suprida. Embora essas condições não se confundam com a própria norma regulamentadora, elas estabelecem “padrões de conduta” que devem ser observados pelo ente público, em casos como esse.

Já em uma ação de obrigação de fazer ou não fazer, a causa de pedir é outra (descumprimento de uma obrigação decorrente de uma norma que já existe – não há omissão normativa, portanto) e o juiz, ao sentenciar, não pode estabelecer novos padrões (condições), devendo se limitar a determinar que a obrigação seja cumprida. Apenas durante a execução, caso não haja o cumprimento da obrigação, haverá uma certa margem para que o magistrado, a partir das cláusulas executivas gerais, determine medidas estruturais, que, todavia, se afastam um pouco da ideia de estabelecer um “padrão de conduta” mais geral, aproximando-se muito mais de atos de efeitos concretos.

Vale registrar que o art. 9º, § 1º, da Lei do Mandado de Injunção, reconhece a possibilidade de se conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Ademais, pelo § 2º, transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. Isso para não mencionar a possibilidade de mandado de injunção coletivo. Assim, conquanto as condições não se confundam com a norma regulamentadora em si, a Lei do Mandado de Injunção, por meio desses dispositivos, acaba possibilitando que se impute às condições uma dimensão de abstração e generalidade própria dos atos normativos, a partir da expansão de seus efeitos concretos para sujeitos fora do processo.

Importante mencionar, ainda, que o art. 10 da Lei do Mandado de Injunção dispõe que “sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”, assegurando a flexibilidade<sup>38</sup> ínsita às medidas estruturais. Quer isto dizer que, em

---

<sup>38</sup> Ainda sobre a flexibilidade do mandado de injunção, importante enfatizar a possibilidade de, por tutela urgência, se antecipar a produção dos efeitos da sentença, caso presentes os requisitos legais previstos no CPC. Como explica Leonardo Carneiro da Cunha, em que pese a existência de antigo julgado do STF reputando incabível a antecipação dos efeitos da tutela, essa conclusão é incoerente com a ADC 4 e, sobretudo, com o reconhecimento da possibilidade de o Poder Judiciário, no mandado de injunção, não apenas reconhecer a mora, como também estabelecer as condições para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa (corrente concretista agora expressamente consagrada na lei). Assim, “é admissível, em casos urgentes, que se conceda provimento imediato para que se possa provisoriamente assegurar a fruição de um bem que viria depois a ser atribuído pela regulamentação contida na decisão final do mandado de injunção” (CUNHA, 2019, p. 6).

nossa situação hipotética, caso o juiz imponha certas condições para assegurar a observância do contraditório e da ampla defesa antes da imposição da sanção de RDD, nada impede que, em um momento posterior, tomando ciência da inefetividade plena da medida, modifique o provimento original, ampliando o escopo do remédio para modificar outros aspectos do funcionamento da instituição. Isso, de acordo com o parágrafo único do art. 10, seria feito por uma ação de revisão que observará, no que couber, a Lei do Mandado de Injunção.

Ademais, é digno de nota que o mandado de injunção é perfeitamente compatível com a figura do *amicus curiae*, importante para assegurar uma maior participação democrática e representatividade no processo. Essa compatibilidade atende à justa preocupação da doutrina brasileira com a representação dos grupos afetados pela reforma da instituição.

Por tudo que foi exposto, é forçoso concluir que merece atenção da doutrina a posição defendida por Ricardo Lobo Torres, ainda em 1992, no sentido de ser o mandado de injunção o remédio constitucional adequado para, no ordenamento jurídico brasileiro, adotar medidas como a preconizada por Fiss em seu exemplo hipotético em *Fazendo da Constituição uma verdade viva*. Se essa posição não tinha condições de prevalecer há algumas décadas atrás, quando o Supremo Tribunal Federal praticamente transformou o mandado de injunção em um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (em perspectiva não concretista), limitando os efeitos de sua decisão à mera notificação do ente competente para expedir a norma regulamentadora (SILVA, 2005, p. 452; TORRES, 1992, p. 106-109), hoje ela faz mais sentido do que nunca.

Tudo isso que foi dito, é claro, só se aplica às situações em que falta uma norma regulamentadora ou quando esta é insuficiente, como na solitária aplicada casuisticamente aos detentos do exemplo de Owen Fiss e na nossa situação hipotética do RDD. Por óbvio, e é importante insistir nisso, se já existisse uma norma regulamentadora perfeitamente aplicável, assegurando de forma ótima (no plano normativo) o direito constitucional e o que estivesse ocorrendo fosse sua simples inobservância, a tutela pretendida não poderia ser buscada pela via do mandado de injunção: se já há norma disciplinando o funcionamento da instituição, não há omissão normativa inconstitucional e não cabe ao juiz fixar novas condições<sup>39</sup>. Ele deve

---

<sup>39</sup> Isso decorre da própria dimensão que o princípio da legalidade possui no direito público brasileiro: o poder público deve fazer o que a lei manda e não fazer o que a lei não manda. Caso haja o descumprimento sistemático de suas obrigações, uma hipotética ação civil pública pode reconhecer o comportamento ilegal de um ente público ao fazer o que não pode e ao não fazer o que deve. O juiz, após instruir o feito, poderá concordar ou discordar das alegações. E se concordar, reconhecerá a necessidade de o ente público adequar sua conduta ao que prescreve a lei e o regulamento. Não há espaço para o Judiciário deixar de aplicar a regulamentação, se ela, em tese, é perfeitamente capaz de disciplinar o funcionamento do órgão público e resguardar os direitos constitucionais dos

condenar o poder público a cumprir a norma em uma ação civil, sem prejuízo da adoção de medidas estruturais atípicas durante a execução, em certas condições.

Desse modo, parece claro que uma das coisas a que se deve atentar um juiz brasileiro, ao se deparar com uma demanda que envolve a necessidade de reformas estruturais, é sobre a existência, ou não, de norma protegendo o direito constitucional. Na falta de norma, há o remédio do mandado de injunção. Existindo, mas não sendo cumprida, parece mais adequado falar em uma ação civil de obrigação de fazer ou não fazer, que poderá, eventualmente, se valer de medidas estruturais executivas. Essa é uma questão com a qual o juiz de Fiss parece não se importar, já que aplica medidas de naturezas diversas, mas que o juiz brasileiro deve, sim, observar, tanto para julgar em conformidade com o princípio da legalidade (ou seja, observando as normas que possam existir disciplinando o funcionamento da instituição) quanto para evitar usurpações de competência absoluta de outros órgãos<sup>40</sup>.

Uma observação final: há uma objeção muito facilmente arguível em face da conclusão parcial deste subcapítulo, a saber, a de que não é tão fácil identificar, na prática, quando se está diante de uma situação de verdadeira omissão normativa ou de uma situação em que, ao contrário, a despeito de uma aparente insuficiência da norma, é legítimo que o Poder Judiciário atribua-lhe significado e a aplique no caso concreto, reconhecendo, a partir dela, a existência de certas obrigações que talvez não estivessem tão claramente previstas *ex ante* no texto interpretado. Afinal, o texto de onde se extrai a norma é o ponto de partida da interpretação, mas não o ponto de chegada, que passa, necessariamente, por certa atribuição de sentido pelo intérprete como condição de possibilidade de qualquer interpretação (STRECK, 2020, p. 22-23).

Não há como discordar dessa objeção. Entre uma situação em que há uma clara omissão normativa e outra em que há uma clara obrigação prevista abstratamente, certamente há uma

---

envolvidos. Qualquer medida atípica a ser tomada pelo juiz na execução deve visar a adequação do agir da Administração às normas disciplinadoras de sua atividade, especialmente as mais concretas, em uma relação de acessoriedade. O desafio, portanto, é garantir o cumprimento das normas legais e infralegais.

<sup>40</sup> À luz de um interpretação do CPC conforme as normas constitucionais de competência, não poderão ser adotadas, por um juiz de primeira instância que julga uma ação civil pública, por exemplo, medidas executivas atípicas cuja carga eficaz se confunde com a de um provimento de uma ação de competência absoluta de outro órgão jurisdicional (daí se falar que o objeto de uma ação civil pública não pode ser a própria declaração de inconstitucionalidade de uma norma). Se as Constituições Federal e Estadual estabelecem regras de competência originária para processar e julgar mandado de injunção contra certas autoridades, por exemplo, o juiz de primeira instância deve se atentar para não aplicar uma medida atípica que tenha o mesmo efeito prático de um mandado de injunção de competência desse Tribunal. Haveria, nesse caso, uma clara usurpação de competência, que não pode ser aceita nem mesmo sob o pretexto de efetividade ínsito à cláusula geral executiva do processo comum. Isso, segundo nos parece, também guarda correlação com o *standard*, apontado pela doutrina, de que o órgão julgador não pode determinar, como medida executiva atípica, medida típica regulada pela lei de outro modo.

certa zona cinzenta interpretativa a ser enfrentada. Os problemas postos à apreciação do Poder Judiciário envolvem, não raro, situações desse tipo, muito mais nuançadas, que fogem de uma visão dicotômica entre omissão e suficiência de norma.

Isso, contudo, não retira a importância de se analisar o contexto normativo nos termos aqui propostos, pois, conforme se enfatizará no último subcapítulo, o caráter criativo da interpretação não é ilimitado. Assim, o juízo sobre a completude normativa ora apresentado, bem como sobre a possibilidade de determinada aplicação de um texto (ainda que não tão claramente prevista *ex ante*), aparece como um dos limites à atividade interpretativa, que deve ser observado, caso a caso, à luz dos contornos da ação, da tradição em que se insere a controvérsia, do debate doutrinário correlato e da jurisprudência dos Tribunais (inclusive, ao nosso sentir, de Cortes estrangeiras e internacionais). É dizer, a decisão sobre a possibilidade de determinada aplicação de um texto deve ser tomada de forma íntegra e coerente com as demais aplicações admitidas pela comunidade, considerando o grau de consenso existente a seu respeito, sendo certo que a importância desse juízo sobre a completude normativa é reforçada, também, pela já mencionada necessidade de se evitar a usurpação de competência absoluta de certos órgãos jurisdicionais que, por expressa previsão na Constituição, são competentes para processar e julgar ações de controle de omissões inconstitucionais.

Feita essa ressalva, o subcapítulo seguinte se centrará na aplicação de medidas estruturais por meio de cláusulas gerais executivas em ações civis que visam o cumprimento de obrigações *já previstas no ordenamento jurídico* e reconhecidas na sentença – acrescentando-se, em razão da ponderação feita acima, que tal reconhecimento não é, necessariamente, uma tarefa simples, dependendo, não raro, de considerações complexas sobre o grau de consenso na comunidade e nas instituições sobre a exigibilidade, ou não, da obrigação pleiteada. O trabalho se distanciará, portanto, da técnica de julgamento do mandado de injunção e das discussões que envolvem a possibilidade de o Judiciário estabelecer condições que, na prática, podem, sim, se aproximar de “padrões de conduta” do funcionamento do poder público e abordará, a seguir, apenas a cláusula geral executiva, que viabiliza a adoção de medidas de reforma mais concretas.

### **3.3. Parâmetros gerais para aplicação de medidas executivas atípicas**

Abundam, na doutrina brasileira, discussões riquíssimas sobre os parâmetros gerais para a aplicação das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inc, IV; 536, § 1º, do CPC e 84, *caput* e § 5º do CDC. Não é objeto deste trabalho apresentar uma análise minuciosa desse debate. No entanto, para fins de reflexão acerca da implementação de medidas estruturais, parecem

especialmente relevantes as seguintes diretrizes, transcritas do volume 5 do *Curso de direito processual civil* de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 140-142):

- (i) a atipicidade executiva é técnica que serve à execução fundada em título executivo judicial, provisória ou definitiva, ou fundada em título executivo extrajudicial;
- (ii) a tutela provisória será efetivada atipicamente na mesma medida em que a tutela definitiva pode sê-lo;
- (iii) a medida executiva pode ser dirigida ao executado, a terceiro ou, em determinados casos, ao próprio exequente;
- (iv) a medida executiva escolhida pelo juiz deve ser adequada a que se atinja o resultado buscado (critério da adequação);
- (v) a medida executiva escolhida pelo juiz deve causar a menor restrição possível ao executado (critério da necessidade);
- (vi) a escolha da medida executiva deve buscar a solução que mais bem atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens que ela produz (critério da proporcionalidade);
- (vii) na escolha da medida executiva atípica deve-se observar o contraditório, ainda que diferido;
- (viii) o juiz não está adstrito ao pedido da parte na escolha e imposição da medida executiva atípica, podendo agir até mesmo de ofício, ressalvada, em todos os casos, a existência de negócio processual em sentido diverso;
- (ix) é possível a alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária, a requerimento da parte ou de ofício;
- (x) não pode o órgão julgador, *ex officio*, determinar, como medida atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte;
- (xi) não pode o órgão julgador determinar, como medida executiva atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo;
- (xii) a medida atípica determinada não pode constituir, ela mesma, um ato ilícito.

São esses, em nossa opinião, os padrões mais importantes a serem observados pelo juiz, na implementação de medidas estruturais, sempre, preferencialmente, com o diálogo e cooperação das partes. Como se vê, há uma ampla flexibilidade, com a possibilidade de implementação, revogação ou substituição por outras medidas, inclusive de ofício. Algo muito

diferente da lógica que rege as decisões que formam o título executivo, sujeitas à autoridade da coisa julgada.

Essa conclusão impõe algumas considerações sobre a regra da adstrição do juiz ao pedido veiculado na petição inicial. Como foi dito no primeiro capítulo deste trabalho, há autores, como Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria Oliveira que defendem uma flexibilização da regra da congruência característica do processo civil brasileiro para a implementação de medidas estruturais, uma vez que “nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária” (2019, p. 348). Essa posição é seguida, dentre outros, por Francisco de Barros e Silva Neto (2019, p. 330) e por Edilson Vitorelli, que propõe a combinação dessa flexibilização da regra da congruência com a utilização estratégica de decisões parciais de mérito e provisórias para viabilizar as “decisões em cascata” do processo (2020, p. 298).

Guardamos ressalvas com as propostas de flexibilização da regra da adstrição e, particularmente, com a sugestão de seu uso nos moldes propostos pelo professor Vitorelli. Não há problema em utilizar a técnica do julgamento antecipado parcial de mérito em processos que eventualmente envolvam medidas estruturais. Sendo um dos pedidos incontroversos, ou estando ele maduro, o juiz deve decidir. O perigo em se adotar um modelo de sucessivas decisões antecipadas parciais de mérito para viabilizar as “decisões em cascata” é que, embora exista um certo nível de cognição no momento de definir uma medida estrutural, ela não deixa de ter um caráter precipuamente executivo<sup>41</sup>, exigindo, por sua natureza acessória, flexibilidade, inclusive com a possibilidade de revogação ou substituição por outra mais adequada para satisfazer o direito.

Cada decisão parcial de mérito, ao contrário, se sujeita à autoridade da coisa julgada e nenhum dos diversos empreendimentos doutrinários que buscam emplacar uma nova hipótese de flexibilização dessa autoridade nos parece aceitável. O risco posto, portanto, é o de impor

---

<sup>41</sup> Pensando nas medidas executivas de forma geral: quando um juiz impõe uma multa, manda expedir um mandado de busca e apreensão ou determina o desfazimento de uma obra no curso de um cumprimento de sentença de obrigação de fazer ou não fazer (art. 536, § 1º, do CPC), ele exerce certa atividade cognitiva. A diferença é que todas essas medidas executivas apontam claramente para uma obrigação que, aí sim, deve ter sido reconhecida em uma decisão de mérito (sentença ou decisão antecipada parcial de mérito), sujeita à autoridade da coisa julgada. A decisão que determina a medida executiva não: o juiz pode revogar a multa, voltar atrás em relação ao mandado de busca e apreensão ou à ordem de desfazimento de obra, caso a obrigação já tenha sido cumprida. Não há imutabilidade e indiscutibilidade em relação às decisões que impõem ou substituem essas medidas executivas, pois elas se prestam simplesmente a obrigar o réu a cumprir a obrigação reconhecida no título. Daí não se exigir que o autor peça, em sua petição inicial, a fixação da multa, a expedição do mandado ou o desfazimento da obra. Ele deve pedir o reconhecimento da obrigação e, se o juiz decide acolher seu pedido, é essa a decisão que se sujeitará à autoridade da coisa julgada, não as subsequentes, que estabeleçam as medidas executivas eventualmente necessárias.

uma obrigação gravosa ao poder público cuja certeza e exigibilidade se tornará imutável e indiscutível, ainda que o problema mais amplo no funcionamento da instituição pública já tenha sido resolvido. Diante de meios menos “traumáticos” para se implementar medidas estruturais, tamanha flexibilização da lei processual não pode ser aceita sem ressalvas.

Certamente, alguém poderia questionar se não é incoerente reafirmar a regra da congruência tradicional do processo civil brasileiro ao mesmo tempo em que este subcapítulo reproduz um *standard* das medidas executivas atípicas que diz, com todas as letras, que o juiz não está adstrito ao pedido da parte. Qual a diferença?

Antes da formação do título executivo, a adstrição deve ser encarada como uma garantia da imparcialidade do juiz e como regra de limitação do objeto litigioso do processo, pelo que deve ser observada em todos os casos não excepcionados por lei. O pedido da parte delimita de forma clara o que está sujeito à apreciação do Judiciário, cabendo ao julgador decidir se o provimento pleiteado se justifica à luz do caso concreto, considerando a completude do material jurídico disponível e a tradição em que se insere a controvérsia – o que, repita-se, não é tarefa simples, sobretudo nos casos em que a obrigação não está tão claramente prevista *ex ante* no texto. O juiz que, meritoriamente, concede o que não foi pedido, mesmo sob as melhores intenções, se imiscui em um papel que é próprio da parte e, por isso, profere uma decisão nula (art. 492 do CPC). Assim, se, durante o trâmite de um processo que envolve a execução de medidas estruturais, é verificada a existência de um possível dano moral indenizável, por exemplo, não cabe ao juiz a iniciativa de ampliar o objeto do processo, sob o argumento de que o problema é complexo.

Quem deve pedir, evidentemente, é a parte, observadas as regras do art. 329 do CPC. Se a demanda já se havia estabilizado, nada impede o ajuizamento de outra ação, sem necessidade de ampliação do objeto litigioso do processo anterior. As novas informações colhidas, claro, podem e, mais que isso, devem ser utilizadas na motivação da sentença e das demais decisões, inclusive das que impõem medidas estruturais<sup>42</sup>, mas o provimento que forma o título executivo deve guardar adstrição com o pedido. É a lei que impõe essa rigidez. E a legalidade, que é uma marca do Estado Democrático de Direito, deve ser respeitada. Portanto, interpretações ultra

---

<sup>42</sup> Suponhamos que o juiz profere uma sentença reconhecendo que um estabelecimento prisional não tem operado em conformidade com as normas que disciplinam seu funcionamento, obrigando-o a seguir o comportamento previsto no regulamento. Se, já na fase de cumprimento de sentença, o magistrado se depara com graves violações aos direitos humanos decorrentes desse mau funcionamento, não poderá modificar o título para fazer constar uma obrigação de indenizar, pois já se estabilizou a demanda. O juiz pode, todavia, levar essa circunstância em consideração na hora de formular a medida estrutural atípica que será implementada para ajustar o comportamento da instituição.

flexíveis do CPC, como a que Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira conferem ao art. 493 (2019, p. 348), tratando-o como um dispositivo que admite a flexibilização da regra da congruência (o que ele não é), não podem ser admitidas.

A rigor, uma vez reconhecido que a base normativa para a implementação de medidas estruturais no processo comum e na ação civil pública são as cláusulas executivas gerais, não há grande utilidade em defender uma flexibilização da regra da congruência em relação à decisão que forma o título executivo. A flexibilidade ínsita às cláusulas executivas gerais, que são meras medidas de apoio ao cumprimento da tutela jurisdicional, com acessoriedade em relação ao direito reconhecido no título executivo, diminui a importância dessa discussão, relativamente ao pedido veiculado na petição inicial. É que a flexibilidade já estará na execução, que não se sujeita às rígidas regras cognitivas da fase de conhecimento.

De fato, a doutrina aponta que o juiz não está adstrito ao pedido de efetivação da decisão, podendo, como corolário da atipicidade dos meios executivos, impor medida mais grave ou mais branda que a pleiteada pela parte. Nem faria sentido semelhante restrição, sobretudo quando o exequente deixa de requerer a imposição de alguma medida ou requer uma medida evidentemente ineficaz (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 117-118). Se ao magistrado é dado o poder de iniciar de ofício o cumprimento de sentença que impõe obrigação de fazer ou não fazer (art. 536 do CPC), é forçoso reconhecer seu poder implícito de impor as medidas executivas necessárias, desde que observadas as exigências legais e o padrão de conduta sugerido pela doutrina, quando for o caso de aplicação de medidas atípicas.

Por conseguinte, sendo a execução o momento adequado para formular e implementar uma medida estrutural, a preocupação que parte da doutrina apresenta com as dificuldades do autor em apresentar todas as medidas de reforma logo na petição inicial sequer deveria ser considerada um problema.

Nessa ordem de ideias, é o caráter acessório das medidas executivas que explica porque não há qualquer incompatibilidade em reafirmar a tradicional regra da congruência com a possibilidade de, na execução, o juiz agir com maior liberdade em relação aos pedidos das partes. É o salto da referibilidade (da decisão que forma o título) para a acessoriedade (da decisão que impõe uma medida executiva) que o justifica.

Um exemplo simples ajuda a compreender essa explicação: se, em determinada execução, se acorda, como medida estrutural negociada, um plano que envolve a construção de um imóvel para ampliar a rede de educação pública de um Município, caso o ente público venha

a celebrar um contrato de locação com um particular e não haja mais necessidade da referida construção, simplesmente muda-se o plano, com total flexibilidade. O título executivo reconhecendo a obrigação do poder público de ampliar a prestação do serviço, por sua vez, permanece o mesmo (até porque, insista-se, está sujeito à autoridade da coisa julgada), devendo sua execução seguir adiante, com o plano ajustado ou novas medidas executivas.

Nesse contexto, uma das mais importantes conclusões decorrentes do fato de a base normativa das medidas estruturais ser as cláusulas executivas gerais é que discussões sobre se o processo que implementa medidas desse tipo deve ou não ser um processo coletivo também parecem perder a importância. É que se um indivíduo pode, ele mesmo, exigir o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer contra o poder público, nada impede que, reconhecida essa obrigação, medidas executivas atípicas que envolvam reformas estruturais sejam formuladas e implementadas por meio do processo individual.

Aproveitando o exemplo acima, sendo o acesso à educação básica obrigatória direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão acionar o Poder Judiciário para exigí-lo (art. 208, § 1º, da Constituição, e art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação), o que fazer se não há sequer escola funcionando no Município? Reconhecer que as medidas estruturais não devem ser veiculadas na petição inicial como se houvesse uma pretensão do autor em sua realização, mas, sim, formuladas e implementadas como medidas executivas atípicas impõe a importante conclusão de que sua aplicação pode ocorrer não apenas em processos coletivos, mas também em processos individuais tradicionais, sujeitos ao procedimento comum.

Se, todavia, ao indivíduo é dada a possibilidade de propor e acompanhar a implementação de medidas estruturais, por outro lado, a participação de outros sujeitos no processo assume uma importância ainda maior. Nesse sentido, se alguma modificação legislativa é necessária, talvez seja esse o ponto que exige maior atenção. Um incidente de formulação e implementação de medidas executivas estruturais a ser instaurado após a formação (definitiva ou provisória) do título executivo pode ser importante para assegurar, não apenas nos processos individuais – mas especialmente neles –, a ampla publicidade sobre a situação, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público, a possibilidade de se ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria, a convocação de audiências públicas para assegurar a participação de outros grupos afetados, a possibilidade de requisição de informações para órgãos públicos etc. Algo semelhante ao incidente de resolução de demandas repetitivas, que não retira do indivíduo a legitimidade *ad causam*, mas que expande a discussão sobre a questão para outros sujeitos, diante dos efeitos transcendentais que a decisão judicial produzirá.

Um outro aspecto digno de nota, que também se relaciona com a discussão sobre medidas executivas atípicas, tem a ver com o parâmetro de que a medida determinada não pode constituir, ela mesma, um ato ilícito. Há um interessante paralelo entre esse *standard* e uma velha máxima da tradição jurídica inglesa: a *equity* segue o *common law* (*equity follows the law*), o que significa que o juiz não pode conceder um remédio de *equity* que imponha uma obrigação proibida pela *common law*, ou seja, que seria negada com bases nas regras e princípios de *common law*. Esse princípio, ao ser transposto para a realidade do direito brasileiro, só pode significar que as medidas atípicas encontram um claro limite no direito posto, não sendo possível a imposição de uma obrigação proibida.

Nesse sentido, ainda que o juiz, durante a execução, considere indispensável a celebração de um contrato para o pleno atendimento de um direito reconhecido, ele não pode mandar a Administração Pública celebrá-lo sem que ela observe as regras da Lei de Licitações e Contratos, nem pode obrigar o poder público a executar uma despesa sem que ele observe a Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>43</sup> e a Lei nº 4.320/64. Não só porque isso importaria em ato ilícito mas também porque, por expressa previsão legal, o juiz deve considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, as exigências das políticas públicas a seu cargo e as demais obrigações legais que vinculam a atividade administrativa (art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Além disso, o juiz e as partes devem considerar o disposto nas leis orçamentárias do respectivo ente. Isso porque, conquanto prevaleça, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o orçamento público brasileiro possui natureza jurídica meramente autorizativa (LEITE, 2019, p. 100), é certo que, sem autorização orçamentária, o poder público não está autorizado a realizar despesa. Mais: há despesas que devem não apenas estar autorizadas na Lei Orçamentária Anual, mas também inclusas no Plano Plurianual, como os investimentos (despesas de capital que resultam em um bem durável de propriedade do poder público, a exemplo de um imóvel), a teor da regra do art. 167, § 1º, da Constituição Federal.

Se um gestor público não pode, em determinado momento, iniciar imediatamente um empreendimento dessa monta, por falta de autorização legal, pode o juiz simplesmente obrigá-

---

<sup>43</sup> As despesas com pessoal são um assunto complexo no Brasil e, não por outra razão, a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe regras rígidas para sua ampliação: o gestor deve estimar o impacto orçamentário no exercício em que deva entrar em vigor e nos subsequentes (art. 16, inc. I, da LRF), demonstrar compatibilidade da medida com o plano plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 16, inc. II, da LRF), demonstrar a origem dos recursos para seu custeio (art. 17, § 1º, da LRF), comprovar que a despesa não afetará as metas de resultados fiscais (art. 17, § 2º, da LRF). Isso para não mencionar os conhecidos limites de gastos com despesas de pessoal (art. 19 da LRF). Todas essas dificuldades devem ser consideradas na formulação e implementação de uma medida estrutural.

lo a tanto, sem considerar os trâmites burocráticos previamente exigidos pelas normas de direito financeiro? Entendemos que não. As dificuldades devem ser observadas e, caso se estabeleça um plano que eventualmente inclua medidas desse tipo, ao menos o prazo para seu cumprimento deve ser fixado com a devida consideração a esses obstáculos. Por outro lado, nas situações em que estão preenchidos todos os requisitos legais, inclusive orçamentários, para que o poder público execute determinada despesa necessária à tutela do direito, sua implementação será muito mais fácil e isso deve repercutir nos prazos do plano<sup>44</sup>. A medida estrutural, assim, deve investigar todas as variáveis ligadas à atividade administrativa, buscar soluções adequadas e trabalhar com prazos razoáveis, para que a obrigação seja cumprida em conformidade com a lei.

Muito mais poderia ser dito a respeito dos parâmetros que autorizam a adoção de medidas atípicas de forma geral, mas o tema já é trabalhado de modo tão aprofundado pela doutrina brasileira que parece mais interessante seguir adiante com outros aspectos igualmente relevantes que devem ser considerados pelos juízes, ao adotar medidas estruturais. Aproveitando o ensejo de algumas delas – bastante intrusivas – terem aparecido neste subcapítulo, convém tecer algumas considerações sobre o princípio da separação de poderes, que deve, a todo momento, ser observado nos processos que envolvem medidas estruturais.

### **3.4. Princípio da separação dos poderes**

Já foi dito que o juiz brasileiro deve decidir sobre medidas estruturais levando em consideração o princípio da separação de poderes. Robert F. Nagel, em artigo que critica a visão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o tema, à qual atribui responsabilidade pelo crescimento descontrolado e uso sem critérios da *structural injunction* nos Estados Unidos, propõe uma interessante fórmula, inspirada na solução dada pela própria Suprema Corte em *United States v. Nixon*, para sopesar o grau de intrusividade de uma medida judicial, considerando tanto o direito fundamental violado quanto a tipicidade das funções estatais atribuídas aos poderes.

---

<sup>44</sup> Necessário destacar que não se está defendendo, aqui, que o orçamento público seja impositivo, ou seja, que alguém, se afirmando titular de um direito subjetivo, possa ajuizar uma ação para obrigar o poder público a executar uma despesa autorizada pelo orçamento. Não é isso. O que se está afirmando é que, quando, na execução de um título que reconhece dado direito, se entender pela necessidade de medidas estruturais que exijam, por sua natureza, a realização de despesas, a elaboração da medida estrutural (incluindo seu prazo e forma de cumprimento) deve levar em consideração as dificuldades que estão postas ao gestor que deve realiza-la, sob pena de se impor uma medida inexecutável ou, em certas situações, até mesmo ilegal.

A fórmula é concebida a partir de quatro critérios identificáveis na história do direito constitucional americano: (i) a tradicional separação dos poderes<sup>45</sup>; (ii) as funções internas e externas<sup>46</sup>; (iii) as funções essenciais e não essenciais<sup>47</sup>; e (iv) o critério de Robert H. Jackson<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> De acordo com esse critério, bem conhecido entre nós, o poder de um ente federativo político é repartido em funções típicas, que são atribuídas ao Executivo, Legislativo e Judiciário. Nossa doutrina, há muito tempo, já enfatiza que isso não impede o exercício atípico de poderes (MELLO, 2015, p. 33-34; DI PIETRO, 2019, p. 76), o que, de tão pacificado, dispensa maiores comentários. No entanto, pensando no exercício típico (afinal, o juiz, ao aplicar uma medida estrutural está no exercício de sua função jurisdicional) e concebendo esse critério como um modelo “hidráulico”, as medidas de cada um dos poderes podem se expandir *até o limite estabelecido pela própria função do poder*. Esse critério, como o próprio Nagel reconhece, é de difícil aplicação, por não fornecer *standards* para identificar quando o exercício de poder é abusivo (1978, p. 689).

<sup>46</sup> Para complementar o critério clássico, Nagel afirma que as Cortes buscaram distinguir o exercício interno e externo de cada uma das funções típicas dos poderes, a partir de concepções defendidas, inicialmente, por Thomas Jefferson, defensor de uma grande (quase estanque) independência entre os poderes. Em *Michael v. United States* (1924), explica, a Suprema Corte reconheceu que a autoridade do Congresso para regular o poder de *contempt*, que é intrínseco e típico dos órgãos judiciais, é mais estreito quando esse poder é utilizado para assegurar a ordem dos trabalhos dentro da própria Corte (exercício interno) do que quando é utilizado de forma geral, fora das Cortes (exercício externo). Analogamente, a Suprema Corte reconheceu, em *Marshall v. Gordon* (1917), que os poderes de *contempt* do Legislativo (que podem ser exercidos, pensando no direito brasileiro, quando uma testemunha se recusa a depor ou mente em uma CPI, por exemplo) é menos intrusivo à função típica do Judiciário quando é exercido para proteger a integridade interna dos procedimentos internos do próprio Congresso. Esse critério, isoladamente, também é falho, pois é “plenamente possível que aspectos essenciais de uma função tipicamente judicial dependam do controle de comportamentos inequivocamente ‘internos’ da função Executiva” [*It is entirely possible that essential aspects of a particular judicial function could depend on controlling behavior that is surely “internal” to the executive function, such as compelling disclosure of secret presidential conversations*] e também porque, afinal de contas, “cada poder necessariamente interfere em operações de outros poderes porque os *checks* impostos pela Constituição não podem ser efetivos a não ser que haja algum impacto ‘externo’” [*The different governmental departments necessarily must affect the internal operations of the other branches because the checks imposed by the Constitution cannot be effective unless they have an “external” impact*] (NAGEL, 1978, p. 692-694).

<sup>47</sup> Em sentido totalmente oposto ao defendido por Thomas Jefferson, James Madison enfatizou, com base na obra de Montesquieu, que não há subversão da ordem constitucional quando um poder age parcialmente sobre ou controla certos atos de outros poderes. O que é incompatível com a ordem constitucional é a total usurpação das funções de um poder pelo outro [*Madison at one point construed Montesquieu to mean not that agencies should have “no partial agency in, or [...] control over, the acts of each other”, but that “where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free constitution, are subverted”*] (NAGEL, *cit.*, p. 694-695). Esse modo de raciocinar foi mitigado e traduzido, em alguns julgados da Suprema Corte, no *standard* de que certas atividades são essenciais em cada uma das funções do Estado, de modo que a aptidão de um poder para interferir no outro encontra uma clara barreira na essencialidade da atividade. Nesse sentido, pensando no direito brasileiro, a questão da discricionariedade administrativa (ou do mérito do ato administrativo) surge como um ponto fulcral, já que a mesma é apontada, pela doutrina administrativista clássica, como um dos elementos mais marcantes da atividade administrativa, apto a repelir o controle judicial (DI PIETRO, 2019, p. 253). Não há espaço, neste trabalho, para maiores considerações sobre essa instigante discussão e sobre as possíveis respostas que podem ser dadas a perguntas polêmicas como: pode o Judiciário controlar nomeações e exonerações em cargos em comissão? E em cargos de natureza política? Se o orçamento é meramente autorizativo, pode o Judiciário obrigar a execução de uma despesa pública? O que é discricionário e o que é vinculado na atividade administrativa? Há muito o que falar sobre cada uma dessas perguntas. O que pode ser dito, neste momento, é que afirmativas genéricas sobre a intervenção judicial, tanto favoráveis (do tipo “não há espaço para falar em discricionariedade quando há violação a direitos fundamentais”) quanto contrárias (do tipo “cabe ao Executivo, com exclusividade, definir de que modo assegurar os direitos fundamentais”) são insuficientes para lidar, de forma satisfatória, com todas as questões que podem surgir envolvendo o campo cinzento entre, de um lado, a obrigatoriedade de uma prestação e, de outro, o modo de sua realização. A resposta para problemas dessa natureza, em nosso ordenamento, dependerá também de um exame detido sobre as normas que disciplinam o funcionamento da instituição pública, de modo que respostas generalistas, como as apontadas acima, acabam sendo de pouco uso.

<sup>48</sup> O *justice* Robert Jackson, em *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (também conhecido como o *Steel Seizure Case*), formulou um critério que estabelece uma hierarquia de legitimidade na atuação do Poder Executivo,

Para Nagel, conquanto isoladamente imperfeitos, esses critérios, quando articulados, oferecem um parâmetro relativamente objetivo para se medir a legitimidade de uma medida estrutural em face do princípio da separação de poderes, demonstrando a importância e a utilidade da diferenciação abstrata das funções do Estado para fins de limitação da atuação dos poderes (1978, p. 697). Juntos, explica, eles podem ser sintetizados na seguinte proposição: diante de duas alegações inconsistentes de poder, deve-se rejeitar a alegação que representa a maior intrusão, mas não necessariamente um freio mais efetivo, nas funções classicamente definidas de cada um dos poderes (1978, p. 698)

Em suma, a fórmula de Nagel guarda forte correlação com o que, no Brasil, se costuma chamar de postulado da proporcionalidade. Quer isto dizer, então, que uma medida executiva estrutural só se justifica, à luz do princípio da separação de poderes, se, e somente se, o grau de promoção do direito fundamental for superior ao grau de intrusão na função do outro poder. O juiz deve cuidar para que a medida realize ao máximo o direito e restrinja ao mínimo o exercício da função administrativa. Por conseguinte, havendo mais de uma solução ótima para implementar a obrigação de fazer ou não fazer reconhecida no título executivo, deve-se optar, por uma questão de princípio, pela medida menos intrusiva, a não ser, é claro, que, cooperativamente, o próprio ente público proponha uma outra solução, que não poderia ser aplicada diretamente pelo juiz<sup>49</sup>.

Essa conclusão, ao que parece, vem ao encontro dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas executivas atípicas, apontados por Didier, Cunha, Braga e Alexandria (2017, p. 110-116), bem como da regra da menor onerosidade da execução (art. 805 do CPC). A novidade, talvez, esteja em reconhecer expressamente o grau de intrusão na função administrativa como um elemento central para balizar a formulação e aplicação da medida estrutural. Esse grau de intrusão pode ser visualizado a partir dos critérios parciais apontados por Nagel, em seu artigo, mas não só: uma medida que afeta a rotina dos servidores de uma instituição pública, dificultando que os mesmos exerçam suas atividades regulamentares, viola gravemente o princípio da separação de poderes, pois a função administrativa, em alguma medida, deixará de ser exercida. Similarmente, o grande comprometimento do orçamento

---

considerando sua relação com o Legislativo. Essa hierarquia poderia ser generalizada para a relação dos poderes como um todo. Ela pode ser visualizada, em ordem decrescente de legitimidade, nas seguintes situações: (i) casos em que o presidente age com autorização expressa ou implícita do Congresso; (ii) casos em que o Congresso até então se manteve em silêncio; e (iii) casos em que o presidente age desafiando uma postura do Congresso.

<sup>49</sup> Isso, aliás, demonstra a grande importância do diálogo e da cooperação na formulação e implementação das medidas, sobretudo nos casos em que a relação entre promoção do direito e intrusão na função administrativa não é muito clara.

público causado por uma medida estrutural também deve ser visto pelos sujeitos do processo como uma intrusão grave, pelos efeitos indiretos que pode causar ao exercício da função administrativa.

Isso, ao lado de tudo que já foi dito no subcapítulo anterior, confirma a absoluta excepcionalidade de medidas atípicas que envolvam, por exemplo, a imposição de realização de um concurso público, a construção de uma obra ou a celebração de um contrato muito caro. Medidas desse tipo, implementadas sem o devido planejamento e contra a vontade do ente público, podem comprometer profundamente o equilíbrio orçamentário e o funcionamento das instituições. Imagine-se o que aconteceria se vários juízes, em diferentes processos, a pretexto de dar plena efetividade aos direitos fundamentais, impusessem obrigações para que um mesmo ente público ampliasse seu quadro de servidores, construísse novos imóveis para a interiorização de agências, celebrasse contratos para modernização do seu sistema etc. Em pouco tempo, o ente caminharia para uma situação de grave comprometimento orçamentário, que aumentaria o risco de disfuncionalidade no próprio órgão. O princípio da separação de poderes, portanto, impõe que a atuação do juiz seja guiada pela menor intrusão possível.

Vale registrar que, ao nosso sentir, isso não significa uma vedação total à adoção de medidas como as acima mencionadas. De fato, é possível pensar em uma recentíssima situação na qual a realização de um processo seletivo de considerável impacto aos cofres públicos foi motivada por uma decisão judicial, sem que isso implicasse em uma violação ao princípio da separação de poderes. Trata-se da ação cível originária nº 3508, ajuizada pelo Estado do Maranhão em face da União e da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que veiculou pedido para que fossem determinadas medidas voltadas à realização do censo ainda no ano de 2021. O Estado do Maranhão enfatizou a o papel fundamental exercido pelo censo na formulação, aperfeiçoamento e execução das mais variadas políticas públicas do Estado brasileiro e apontou “irregularidades ante omissão em formalizar atos administrativos e alocar recursos para [sua] realização” (BRASIL, 2021).

Trata-se, portanto, de pedido que envolve a imposição de obrigações de fazer que já existem em nosso ordenamento jurídico, na lei e no regulamento do censo. A cautelar e sua confirmação, com a ressalva feita pelo ministro Gilmar Mendes (que propôs um prazo maior para a realização do censo), motivou a retomada do trâmite do processo seletivo, cujo edital havia sido publicado ainda em 2020 prevendo mais de 200 mil vagas, até então paralisado por conta de restrições orçamentárias do IBGE.

Destaque-se: nem o pedido, nem a decisão, tiveram por objeto uma *obrigação de fazer concurso público*. O pedido é para que as obrigações previstas em lei fossem cumpridas, isto é, para que o poder público realizasse o censo, sendo certo que tal obrigação está prevista em lei de forma bastante clara. Não há obrigação legal ou regulamentar de fazer a seleção de pessoal. A obrigação é de fazer o censo, sendo a contratação de pessoal mero pressuposto fático, acessório, para tanto. Isso é importante de ser frisado porque, como temos insistido, não há como admitir uma ação de obrigação de fazer ou não fazer cujo pedido veiculado na petição inicial não seja uma obrigação de fazer ou não fazer efetivamente existente (ressaltando-se que o reconhecimento da existência efetiva de uma obrigação não é, necessariamente, tarefa simples, pois não se limita apenas àquilo que está claramente definido *ex ante* no texto interpretado). Assim, se não há norma estabelecendo de forma suficiente a obrigação – e isto deve ser apurado caso a caso –, a via é a do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade, conforme o caso. Se há norma suficiente, à luz da tradição continuamente desenvolvida e do consenso da comunidade e das instituições, o pedido deve ser de seu cumprimento, em regra.

Por outro lado, o deferimento da cautelar e sua confirmação autorizam, sim, a conclusão de que o Poder Judiciário poderia, nesse caso, adotar uma medida executiva atípica para garantir a contratação de pessoal. Não há censo sem recenseadores, isso é um fato incontroverso. Os ministros do Supremo Tribunal Federal sabem disso, até porque a matéria de defesa apresentada pela Advocacia-Geral da União envolvia, justamente, limitações orçamentárias e a dificuldade de se realizar um processo seletivo tão expressivo nesse momento. Assim, na medida em que o Supremo determina a realização do censo, ele sabe que está obrigando o poder público a atuar, inclusive por meio da mobilização de recursos para a realização da seleção.

Desse modo, se, em um hipotético ato de desrespeito à decisão do STF, o poder público, injustificadamente, não desse, como deu, seguimento à contratação, o Supremo poderia, inclusive de ofício, caso constatada a insuficiência de medidas executivas típicas, determinar, como medida atípica, o *andamento do processo administrativo da seleção simplificada*, oficiando quem fosse necessário, conferindo a algum comitê a atribuição de manter contato com a banca organizadora etc, pois fazer a seleção seria o único remédio adequado ao caso. Se assim não o fosse, o cumprimento da decisão meritória de fazer o censo (obrigação que está suficientemente definida em lei e que, portanto, não foi criada pelos ministros do Supremo) ficaria ao bel prazer do poder público, com o que não se pode anuir, por uma questão, acima de tudo, de legalidade.

Mesmo que a medida ora discutida seja particularmente intrusiva, afetando, sim, o orçamento e a função administrativa da União, não haveria, no caso, violação à separação de poderes, porque não nos parece haver nenhuma medida menos gravosa capaz de viabilizar a execução do título que se formou. É isso que se pode extrair, indiretamente, da significativa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Destaque-se, por fim, que não haveria qualquer rigidez na determinação de realização do processo seletivo. Pelo contrário, sendo a determinação de realização da seleção uma medida executiva atípica, ela está sujeita aos parâmetros de flexibilidade ínsitos a esse tipo de provimento.

Assim, se, no ano seguinte, a situação fiscal do Brasil se agravasse consideravelmente ou surgisse alguma mudança nas circunstâncias que justificasse a substituição, ajuste ou modulação da medida, nada impediria que o poder público expusesse essa nova situação e que o Judiciário, acolhendo seus argumentos, suspendesse a hipotética decisão que teria determinado a medida executiva dirigida à realização do processo seletivo. Se assim fizesse, poderia, mais uma vez, buscar formular uma medida executiva adequada, preferencialmente ouvindo as partes, para que o cumprimento da obrigação pudesse ser feito sem causar uma intervenção tão gravosa no funcionamento do Estado. Não há rigidez, como se vê. Rigidez haveria se a petição inicial veiculasse um pedido de realização do próprio processo seletivo (ou qualquer outro pedido de medida estrutural que não existe na lei e no regulamento) e a decisão de mérito o acolhesse, sujeitando-se aos efeitos da coisa julgada.

Como conclusão deste subcapítulo, é possível perceber que argumentos genéricos, tanto os favoráveis à intervenção judicial (tais como “não há espaço para falar em discricionariedade quando há violação a direitos fundamentais”) quanto os contrários (tais como “a decisão de fazer ou não fazer um concurso público cabe ao Executivo, com exclusividade, tomar, pois envolve conveniência e oportunidade”), se mostram insatisfatórios para explicar, com perfeição, o campo cinzento que existe entre, de um lado, a obrigatoriedade de uma prestação estatal e, de outro, o modo de sua realização. A possibilidade de adoção de medidas estruturais por meio das cláusulas executivas gerais passa, portanto, por uma compreensão e avaliação mais sofisticada sobre o princípio da separação de poderes, sendo essa uma condição de legitimidade das reformas em instituições públicas por meio do processo judicial. Os parâmetros aqui apresentados podem servir como ponto de partida para reflexões mais aprofundadas sobre essa instigante discussão.

Outra conclusão importante é que muito do que foi dito aqui não se aplica a processos em que a medida executiva visa reorganizar uma estrutura burocrática privada, já que, nesse

contexto, não faz sentido pensar em separação de poderes, mas, sim, em outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, como a livre iniciativa. Muitos autores costumam apontar a recuperação judicial como um “processo estrutural”, já que ela reorganiza o funcionamento de uma empresa. Para além desse exemplo, contudo, há inúmeras situações em que a reforma de uma estrutura privada surge como a medida mais efetiva para assegurar um direito.

Basta pensar no conhecido exemplo, dado no estudo do processo coletivo, de uma indústria que despeja resíduos em um rio. Se a ordem de não poluir não se mostra suficiente, o que fazer além de aplicar astreintes e sujeitar o réu às sanções cíveis e penais? A solução de embargar o funcionamento do estabelecimento sem dúvidas é possível, mas não seria razoável considerar, também, os possíveis impactos negativos de semelhante medida para os empregados dessa empresa e suas famílias<sup>50</sup>? As cláusulas executivas gerais revelam, também nessa situação, sua grande potencialidade. Há, todavia, que se chamar atenção para o fato de que a discussão, nos casos de reforma de estruturas privadas, se afasta, obviamente, do campo do direito público e se insere no *locus* normativo que disciplina a iniciativa privada. Muitas questões surgem a partir desse deslocamento<sup>51</sup> e merecem um estudo mais aprofundado.

Voltando ao âmbito do direito público, há, ainda, uma outra conclusão da maior importância: não há como não chamar a atenção para o fato de que a grande maioria dos problemas ligados ao princípio da separação de poderes, incluindo os juízos sobre a necessidade e a proporcionalidade da medida estrutural, são facilmente superados na medida em que se privilegia uma atuação mais cooperativa e menos intrusiva no processo. Dito de outro modo, se é o próprio poder público que sugere ou concorda com uma proposta de plano estabelecendo um cronograma com medidas diversas, incluindo, por exemplo, a realização de um concurso público, a celebração de um contrato ou a construção de um imóvel, não há que se cogitar de intrusão, pelo Poder Judiciário, na função administrativa.

---

<sup>50</sup> A participação dos sujeitos afetados e do Ministério Público é, como se vê, da maior importância, na medida em que a decisão judicial poderá produzir efeitos concretos que transcendem as partes processuais. Assim como defendemos no subcapítulo anterior, um incidente de formulação e implementação de medidas executivas estruturais a ser instaurado após a formação (definitiva ou provisória) do título executivo seria importante para racionalizar e aperfeiçoar a medida, assegurando a participação da comunidade afetada, do sindicato dos trabalhadores etc.

<sup>51</sup> Caberia refletir, por exemplo, sobre a possibilidade de uma medida executiva estabelecer, de modo semelhante ao mandado de injunção no direito público, condições que traduzam “padrões gerais” de conduta dos empregados de uma empresa. Seria essa atuação do Poder Judiciário compatível com o princípio da livre iniciativa? Muito há que se pensar, também, em relação aos riscos de usurpação da competência da Justiça do Trabalho.

A intrusão, inclusive com a aplicação de medidas particularmente gravosas é, sim, possível, como buscamos demonstrar ao longo deste capítulo, mas apenas dentro de rígidas condições, sob pena de se tornar incompatível com o princípio da separação de poderes. A grande vantagem de se priorizar uma formulação e implementação dialogada das medidas estruturais é, pois, retirar o pesado fardo que recai sobre as costas do juiz e diminuir os riscos de uma concentração abusiva de poderes no Judiciário, como já tem sido apontado pela doutrina nacional.

### 3.5 Integridade do direito

Um último aspecto que merece toda a atenção do juiz, em processos que envolvem medidas estruturais, é a integridade do direito. Eros Grau já dizia: “Não se interpreta o direito, nem a Constituição, em tiras, aos pedaços” (2010, p. 280). Quando o CPC vincula a atividade dos Tribunais ao dever de manter sua jurisprudência íntegra (art. 926), escancara essa afirmação e deixa claro que os juízes brasileiros também devem escrever seu “romance em cadeia”, valendo-se da célebre expressão cunhada por Dworkin, em referência ao dever que os juízes têm de decidir com coerência em relação à tradição em que estão inseridos, como se sua decisão fosse um capítulo de um mesmo livro (STRECK; MORBACH JÚNIOR, 2019, p. 54 e 62).

A metáfora do “romance em cadeia” verbalizada por Dworkin, não sem razão, costuma ser muito invocada para explicar a deferência dos juízes americanos em relação aos precedentes. De fato, o respeito ao elemento genuinamente vinculante do precedente, isto é, sua *ratio decidendi*, é uma das imposições do dever de integridade, quando esse elemento fornece princípios e razões jurídicas adequadas para julgar um caso semelhante de um ou outro modo. Assim os juízes vão escrevendo seu romance. Mas a integridade e, também, a coerência, como vetores interpretativos do direito, encontram seu fundamento, acima de tudo, na igualdade, já que expressam a ideia de que casos levados à apreciação do Judiciário devem ser julgados com igual consideração (STRECK; MORBACH JÚNIOR, 2019, p. 59).

Sendo a igualdade um princípio ínsito ao Estado Democrático de Direito e à nossa ordem constitucional, parece-nos que, mesmo antes do surgimento do art. 926 do CPC, os juízes brasileiros já deveriam julgar os casos a ele submetidos com igual consideração. De toda sorte, o que é certo é que coerência e integridade não são características exclusivas das tradições que se desenvolveram sob a sistemática de *case law*.

Já foi dito, anteriormente, que a história da *injunction* é, de certa forma, também a história do desenvolvimento e do reconhecimento, pela jurisprudência das Cortes de *equity*, das “obrigações de fazer e não fazer” de diferentes ramos do “direito material privado” inglês. Elas julgavam casos que envolviam planejamento sucessório, sub-rogação (em sentido próximo ao estudado no direito das obrigações brasileiro), hipoteca (*mortgages*), outros direitos de garantia (*fiduciary law*) etc. O corpo de regras e princípios jurídicos oriundos dos casos submetidos à *Court of Chancery*, após alguns séculos de julgamentos envolvendo essas matérias, assumiu um papel que, no Brasil, sempre foi ocupado com proeminência pela lei.

A diferença, portanto, é que, aqui, pelas diferenças históricas marcantes que distinguem nosso sistema de *civil law* dos demais sistemas de *common law*, a lei assume uma clara centralidade e protagonismo na evolução e no contínuo aprendizado jurídico-institucional sobre o direito, atribuindo sentidos e, ao mesmo tempo, sendo continuamente interpretada. Ela, afinal, ainda é nossa principal fonte do direito. Por isso, o “romance em cadeia” brasileiro se distingue por já contar com muitíssimas páginas escritas pelo Legislador, pelo Executivo e pelos órgãos administrativos, no exercício de seu poder regulamentar<sup>52</sup>. Nesse contexto, o papel do Judiciário acaba sendo, de certo modo, mais contingente, com a jurisprudência se prestando, sobretudo, à unificação de diferentes interpretações sobre as possibilidades de aplicação da lei e da Constituição.

Assim, as noções de integridade e coerência do direito impõem que o juiz dê a devida consideração a *todo o material jurídico disponível* e relevante para formar sua motivação, incluindo a lei, os códigos, os regulamentos, a Constituição e a contínua aplicação que a comunidade e as instituições fazem desses textos normativos, a partir de diferentes graus de consenso que podem variar conforme se desenvolve a tradição.

Não é por outra razão que, ao longo deste trabalho, foi frisado, reiteradamente, que o juiz, ao sentenciar uma hipotética ação civil pública cujo pedido é o cumprimento de uma ou mais obrigações de fazer ou não fazer, deve se limitar a reconhecer e exigir o cumprimento das obrigações que *efetivamente existem*, previstas nas normas que disciplinam o funcionamento da instituição pública, e que estão sendo descumpridas – ainda que seu reconhecimento, repita-se, não seja, necessariamente, tarefa simples. São essas obrigações que devem basear o pedido do

---

<sup>52</sup> Evidentemente, os países de *common law* também trabalham com legislação e regulamentos (que integram o que se chama de *enacted law*). E o fazem cada vez mais (MACÊDO, 2019, p. 70). Não se está pretendendo sugerir o contrário, isto é, que os países de *civil law* só trabalham com a lei e que os países de *common law* só trabalham com precedentes. Não é isso. Mas há uma diferença quantitativa bastante considerável: no Brasil, as questões mais basilares do direito material, que são os pontos de partida do juiz, estão, sempre, na lei.

autor. As medidas executivas estruturais que imponham eventuais modificações no funcionamento do órgão ou ente público são contingenciais e possuem um claro vetor que aponta para o cumprimento da norma que disciplina o funcionamento da instituição reformada e que teve seu descumprimento reconhecido pela sentença. Há uma relação de acessoriedade.

Por exemplo: se, em um Município com uma escola pública que possui turmas com cerca de quarenta alunos, uma ação civil pública é ajuizada visando proibir que ela aceite mais estudantes, por conta do prejuízo ao processo de aprendizado, o juiz, ao decidir, não pode deixar de considerar o que dizem as normas legais e regulamentares que disciplinam, em minúcias, o funcionamento da instituição. Se, em uma situação como essa, há um regulamento que prevê expressamente um número máximo de alunos por sala e tal número foi extrapolado, há superlotação e o ente público não só pode como deve ser obrigado a se abster do comportamento ilícito, já que deve agir de forma vinculada à lei e aos regulamentos que disciplinam sua atuação.

Na existência de uma norma clara e objetiva informando o número máximo de alunos por sala, o juiz não pode deixar de observá-la. Assim o fazendo, não precisará buscar justificativas generalistas ou fazer grandes esforços argumentativos para o caso (do tipo “uma sala com muitos alunos viola a dignidade da pessoa humana” ou “o direito à educação está consagrado na Constituição e, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CF, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, portanto...”) para condenar o ente público. Não é preciso, enfim, transformar a lide em um *hard case*, pois a questão é simples.

Situação mais complexa ocorre quando, embora não pareça haver propriamente uma omissão normativa, também não haja resposta tão clara na lei ou no regulamento para o pedido formulado. Nesse caso, diante da vedação do *non liquet*, a tradição assume maior importância na motivação, pois será preciso investigar de que modo a controvérsia é encarada pela comunidade e pelas instituições, investigando a prática da própria Administração Pública, as aplicações que tem sido feitas e admitidas a partir do texto controvertido, os precedentes que interessem ao deslinde da controvérsia (que, ao nosso sentir, devem, inclusive, ser colhidos da jurisprudência de Cortes de outros países e dos organismos internacionais) e o grau de consenso que o provimento pleiteado encontra na sociedade, o que deve ser revelado pela doutrina especializada. Ao fim, deve-se concluir ou pela improcedência do pedido – reconhecendo-se que, no atual estado da arte, o direito não exige do poder público a obrigação pleiteada na ação (o que não prejudica a impetração de um mandado de injunção no futuro) – ou por sua procedência, caso se entenda que a aplicação pleiteada na ação, ainda que inovadora, é íntegra e coerente com a tradição, o que só poderá ser averiguado caso a caso.

Enfim, se o juiz está vinculado à integridade do direito, deve considerar todo o material jurídico relevante para decidir, ou seja, deve observar todo o conjunto normativo, com especial consideração para as normas que disciplinam as minúcias do funcionamento da instituição pública, bem como as aplicações (admitidas pela comunidade nacional e internacional) que interessem à matéria, para chegar à conclusão sobre se há, ou não, alguma obrigação de fazer ou não fazer a ser imposta. Esta, portanto, é uma primeira forma como o juiz deve encarar a integridade: ele deve decidir observando minuciosamente o modo como a política pública e a instituição são estruturados nas normas infraconstitucionais e encarados pela sociedade.

Mas não é só. Em face do exemplo apresentado acima, alguém poderia concluir que obrigar o ente público a não aceitar alunos além de determinado número máximo é uma solução estreita, pois prejudicaria sobremaneira parte dos estudantes, que ficaria sem aula: o poder público, alguém pode sugerir, excluiria alguns alunos da escola para demonstrar ter cumprido a obrigação. O grave problema nessa solução, e os sujeitos processuais (inclusive a advocacia pública) devem saber disso, é que ela fere de morte dois princípios que regem o funcionamento do Estado brasileiro: a igualdade (apenas parte da população será atendida pelo serviço público cuja cobertura é universal) e a impessoalidade (a Administração teria “carta branca” para escolher, sem critérios, quem seria e quem não seria atendido pelo serviço). Seria, então, essa alternativa compatível com a Constituição? Parece-nos óbvio que não. As normas mais concretas cujas aplicações estruturam a política pública e disciplinam o funcionamento da instituição dão concretude aos direitos constitucionais, mas elas também devem ser interpretadas conforme a Constituição.

Assim, embora seja verdade que, por uma questão de legalidade, o juiz deve orientar sua decisão sobre o funcionamento de instituições públicas considerando as normas legais e infralegais de maior concretude – sem prejuízo da margem de criatividade ínsita a todo processo interpretativo, que tem como condição de possibilidade certa atribuição de sentido pelo intérprete (a ser feita de forma íntegra e coerente com a tradição) – isso não autoriza a conclusão de que a interpretação dos preceitos mais concretos e específicos possa ser feita sem considerar o conjunto do ordenamento jurídico, inclusive das normas previstas na Constituição Federal. “A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição” (GRAU, 2010, p. 164). Assim devem ser interpretadas, também, as normas infraconstitucionais.

A “solução” de simplesmente impedir que parte dos estudantes matriculados frequentem as aulas é juridicamente inadmissível. Ela, sob o falso pretexto de cumprir a política pública tal como foi concebida e legitimamente exigida pela sociedade, se esquece que o serviço público de educação, como parte das atividades de responsabilidade do Estado brasileiro, deve ser prestado considerando a ordem constitucional como um todo. Assim, ainda que possa existir uma norma infraconstitucional estabelecendo claramente que “cada sala de aula deve comportar, no máximo, trinta alunos”, sua interpretação não pode ser feita de qualquer forma. À luz dos princípios da igualdade e da impessoalidade, bem como da universalidade do ensino básico (art. 208, § 1º, da Constituição, e art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação), a interpretação que conclui ser possível que a Administração simplesmente deixe de prestar o serviço para alguns estudantes deve ceder em favor desta: todos que se matricularem na rede de ensino público assistirão as aulas em salas com não mais que trinta estudantes.

A diferença entre uma interpretação e outra é marcante: enquanto esta última considera a totalidade do direito, aquela interpreta a norma “em tiras, aos pedaços”, de modo muito próximo ao paradigma da simplicidade cartesiano, resultando, na prática, em uma arbitrariedade contra alguns estudantes. Tendo isso em vista, conclui-se que a integridade impõe, também, que o juiz interprete a norma que estabelece um fazer ou não fazer específico da instituição pública à luz de todo o material jurídico relevante para compreendê-la, o que abrange não apenas as leis e regulamentos mais concretos, mas também os princípios consagrados na Constituição (que fecham, e não abrem a interpretação), os precedentes relevantes para compreensão do tema e, novamente, a prática concreta das instituições, que atribuem significado ao direito. A interpretação, pois, deve ir do abstrato ao concreto e do concreto ao abstrato, para que a decisão seja coerente com a história jurídico-política da comunidade; a parte, que revela um aspecto do todo, não pode ser interpretada isoladamente, mas sim a partir da integridade do direito. A decisão é, afinal, apenas mais um capítulo de um “romance em cadeia” e deve fazer sentido à luz dos capítulos anteriores.

É importante enfatizar um aspecto: a “solução” de impedir que parte dos estudantes matriculados frequentem as aulas deve ser rechaçada não apenas pelos efeitos práticos perniciosos que produz, mas por ser uma interpretação juridicamente errada da norma regulamentar cujo cumprimento foi imposto pelo juiz. Não se pode invocar algo como a “moldura” kelseniana para justificar a exclusão dos estudantes, sob o argumento de que a Administração possui discricionariedade quanto ao modo de cumprir a obrigação fixada no

título (eis um ótimo exemplo dos riscos da discricionariedade positivista<sup>53</sup>). É verdade que várias medidas podem ser adotadas para que essa norma regulamentar seja cumprida. É verdade, também, que será sempre preferível que a decisão sobre o que fazer seja tomada pela Administração, como enfatizamos ao final do subcapítulo anterior.

Isso, todavia, não significa que qualquer sentido pode ser atribuído à norma. À luz da integridade do direito e do significado atribuído pela comunidade e pela prática das instituições brasileiras, sua interpretação pressupõe observância aos princípios da igualdade e da impessoalidade na prestação do serviço de educação básica, cujo acesso deve ser garantido. Não há, por isso, como admitir uma discricionariedade da Administração para que ela exclua certos estudantes. Semelhante conduta é incompatível com a Constituição e, de forma mais geral, com o direito. Por conseguinte, se algo dessa natureza é implementado pelo poder público, o juiz não pode considerar que a obrigação foi cumprida, pois a norma cujo cumprimento foi imposto não autoriza esse tipo de interpretação.

Dito isso, caso o ente público seja condenado a ajustar seu comportamento para cumprir as normas regulamentares que disciplinam seu funcionamento, o art. 22 da LINDB e a possibilidade de adoção das medidas atípicas na execução autorizam que uma solução compatível com a Constituição seja formulada, preferencialmente em cooperação com as partes. Ao invés de uma medida executiva estreita, como a imposição de uma multa diária contra o ente público, é possível o estabelecimento de uma medida estrutural mais sofisticada como, por exemplo, um plano supervisionado com um prazo razoável para que o poder público adote as medidas necessárias para regularizar a situação, seja construindo um imóvel, seja celebrando um contrato de locação, realizando um concurso público etc. É possível até mesmo que esse plano preveja que, durante certo tempo, a irregularidade será tolerada, para que a reforma no funcionamento da instituição seja feita sem prejudicar parte dos alunos.

---

<sup>53</sup> Diz Kelsen, em *Teoria pura do direito*: “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” (2009, p. 393). Pensando no nosso exemplo hipotético a partir dessa concepção (com a qual não há como concordar): a escolha entre ampliar o colégio ou excluir parte dos estudantes seria discricionária, um ato de vontade da Administração para cumprir a obrigação na “moldura” da norma regulamentar; um ato de vontade inspirado em outras coisas que não o direito (como a Moral, a Justiça etc) e que não pode ter sua validade verificada segundo normas jurídicas.

Tudo isso deve ser refletido e formulado à luz das necessidades da situação, observando-se todos os critérios já apresentados neste trabalho, indispensáveis para que a medida estrutural possa ser considerada legítima. De todo modo, fica claro que o plano ou qualquer outra medida estrutural atípica a ser acordada ou imposta deve, sempre, apontar claramente para o cumprimento de um fazer ou não fazer específico da Administração, reconhecido como devido pela tradição e pela comunidade a partir de uma interpretação íntegra e coerente do conjunto do sistema e, finalmente, reconhecido como devido, também, no título executivo: a medida estrutural deve ser formulada e implementada com o objetivo de ajustar o funcionamento da instituição ao padrão de conduta exigido pelo direito. Essa é a relação de acessoriedade a que temos aludido ao longo deste trabalho, que decorre de sua natureza executiva, acessória ao cumprimento da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, não há como admitir uma ação que, a partir desse mesmo contexto escolar hipotético, apresente *como pedido principal* a própria elaboração de um plano, a própria realização de um concurso, a própria construção do imóvel, a própria licitação para aquisição de cadeiras etc. Quando muito, caso estejam presentes os requisitos para a concessão de tutela provisória quanto às obrigações efetivamente existentes de fazer ou não fazer, pode a parte requerer sua concessão e, ao fazê-lo, sugerir medidas executivas atípicas que possam, desde logo, ser implementadas para satisfazer o direito reconhecido em cognição sumária. A sugestão de uma medida estrutural não pode, todavia, se confundir com o pedido que, veiculando a pretensão do autor, requer que o poder público faça o que a lei manda ou não faça o que a lei não manda. Não devem, por isso, ser veiculadas na petição inicial como se houvesse uma pretensão do autor na sua realização, nem decididas como se fossem uma questão de mérito. Em nossa opinião, não são.

Se assim forem requeridas as medidas estruturais (como pedidos principais de uma ação a serem decididos como questões de mérito), o melhor é que o juiz considere o conjunto da postulação e, se possível for, interprete o pedido de acordo com o princípio da boa-fé (art. 322, § 2º, do CPC), sob pena de ser forçado a julgá-lo improcedente, porque não existe, propriamente, obrigação de fazer plano de reforma<sup>54</sup>, de fazer concurso público, de fazer

---

<sup>54</sup> Há uma situação digna de nota: o art. 9º, § 1º, do Decreto nº 9.578/18, que regulamenta a Lei nº 12.114/09 (que criou o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima), prevê um Plano Anual de Aplicação de Recursos, que deve dispor sobre a carteira de projetos em execução, o volume de recursos contratado, a estimativa de recursos disponíveis para aplicação, a indicação de áreas, temas e regiões prioritários para aplicação, a indicação das modalidades de seleção, as formas de aplicação e o volume de recursos e a definição do limite de despesas do Fundo. Se o poder público deixa de apresentar esse Plano Anual, é possível admitir uma ação civil que veicule um pedido de cumprimento dessa obrigação específica, qual seja, a apresentação de um plano. Não qualquer plano, todavia, mas sim o Plano Anual de Aplicação de Recursos de que trata a norma regulamentar. A grande diferença

licitação ou de construir um imóvel nas normas que disciplinam o funcionamento da política pública. A obrigação é de prestar o serviço público, na forma que manda o direito, e o pedido deve ser para que a Administração adote as medidas cabíveis para adequar seu comportamento aos padrões de conduta impostos pelas normas violadas ou para que simplesmente as cumpra. Se, para tanto, medidas estruturais forem necessárias, isso pode ser discutido ou no cumprimento de sentença ou, se houver antecipação de tutela, na própria fase de conhecimento, na sistemática flexível das medidas executivas atípicas. Mas não há como admitir a procedência de um pedido que veicula, meritoriamente, uma “pretensão de fazer reforma estrutural”.

Não concordamos, também por essa razão, com as propostas doutrinárias que propõem que medidas concretas de reforma da instituição não previstas no direito objetivo sejam aplicadas por meio de decisões parciais de mérito no curso do processo. Essa, como já foi dito, seria, de acordo com Edilson Vitorelli, uma das formas de viabilizar o “modelo de decisões em cascata”, tão recorrentemente associado aos “processos estruturais” (2020, p. 362-365). O problema está em se admitir a possibilidade de uma decisão de mérito impor obrigações que não existem como tal, que não estão previstas em qualquer ato normativo que disciplina o funcionamento da instituição, nem suficientemente reconhecidas pela tradição, e que não podem, senão com alguma dose de solipsismo, ser consideradas uma decorrência de normas constitucionais altamente abstratas.

Já manifestamos nossa ressalva com essa proposta em subcapítulo anterior, quando se apontou que essa forma de implementação da reforma traria consigo a indesejável rigidez da coisa julgada, contra a qual nenhum argumento doutrinário parece ser suficientemente satisfatório para relativizar. No entanto, nossa discordância com essa posição não se limita a problemas de ordem pragmática, envolvendo questões anteriores sobre interpretação do direito<sup>55</sup>.

---

entre o pedido de apresentação do Plano Anual do Fundo Clima e um pedido de “elaboração, implementação e fiscalização de um plano que proporcione a mudança que o autor considera necessária” (VITORELLI, 2020, p. 241) na hipotética ação escolar é que a primeira obrigação existe; a segunda, não, de modo que também não há pretensão autoral de seu cumprimento. Isso reforça a importância de um estudo aprofundado sobre o modo como as políticas públicas são estruturadas no Brasil.

<sup>55</sup> Durante a arguição do presente trabalho, o professor Edilson Vitorelli pontuou que, a partir da segunda edição de seu livro *Processo civil estrutural: teoria e prática* (que não foi a edição aqui utilizada como fonte), foi enfatizado que as decisões parciais de mérito ora referidas só poderiam ser aplicadas nas situações em que já há um elevado grau de consenso acerca da exigibilidade de determinada obrigação, o que, de certa forma, vai ao encontro das reflexões defendidas no presente trabalho, sobretudo quando afirmamos que, ao decidir sobre a existência, ou não, de determinada obrigação, o juiz deve considerar o conjunto do material jurídico relevante, o que abrange, além da lei, dos regulamentos e da Constituição, o conjunto de significados atribuídos a tais textos pela comunidade e pelas instituições, dos quais decorrem obrigações reconhecidas como devidas pela tradição, ainda que não tão claramente previstas *ex ante* no texto.

A integridade, enfim, é importante. Todo o material jurídico relevante, incluindo as leis, os regulamentos, a Constituição, os precedentes e o aprendizado jurídico-político das instituições devem levados em consideração pelo juiz como um todo coerente para motivar sua atuação. Ele está vinculado a esses capítulos anteriores do “romance em cadeia” e sua decisão só será legítima na medida em que guardar certa coerência com o conjunto do livro. Por isso, o exame aprofundado das aplicações das normas que disciplinam o funcionamento da política pública ou da instituição reformada é condição de possibilidade de uma decisão correta. Se a história da *structural injunction*, no *common law*, é, também, a história do salto da referibilidade à acessoriedade do provimento judicial em relação ao “direito material”, para o qual aponta, as medidas estruturais aplicadas pelos juízes brasileiros também devem, necessariamente, apontar para o direito material que disciplina o funcionamento da instituição, pelos deveres de coerência e integridade que vinculam a atividade do juiz. É desse modo que o direito encontrará seu remédio adequado.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar as bases para uma proposta para a aplicação de medidas estruturais no âmbito do processo judicial brasileiro, a partir de uma investigação sobre o conteúdo e natureza da *structural injunction* americana à luz das normas do próprio direito brasileiro e do diálogo crítico com algumas propostas doutrinárias já existentes. A primeira conclusão a que se pode chegar é que a adoção de medidas estruturais é, sim, possível com base na disciplina atual do direito processual civil brasileiro. Sua aplicação, todavia, para ser legítima em face da Constituição, deve observar certos parâmetros e critérios que devem orientar a atuação de um magistrado brasileiro, quando se deparar com uma demanda que envolva a necessidade de mudança no funcionamento de uma instituição pública.

O primeiro é o da existência ou não de norma regulamentadora do funcionamento da instituição. A partir desse critério, o juiz deve identificar se o problema é causado pela falta total ou parcial de norma ou por seu mero descumprimento. No primeiro caso, se a situação tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o interessado deve impetrar um mandado de injunção, que poderá estabelecer condições para o exercício do direito. Esse tipo de atuação guarda correlação com certas medidas aplicadas pelos juízes americanos, que possuíam conteúdo normativo ou muito próximo disso, pela dimensão de generalidade e abstração que carregavam.

Não sendo o caso, todavia, de falta total ou parcial de norma, mas de seu mero descumprimento, não caberá mandado de injunção, e a questão deverá ser discutida em uma ação civil para obrigar o poder público a adequar seu funcionamento ao que prescreve a lei e o regulamento. Caso não haja o cumprimento da obrigação, haverá uma certa margem para que o magistrado, a partir das cláusulas executivas gerais (arts. 139, inc. IV, 536 § 1º, do CPC e 84, *caput* e § 5º, do CDC), determine medidas estruturais, que, todavia, se afastam um pouco da ideia de estabelecer um “padrão de conduta” mais geral, aproximando-se muito mais de atos de efeitos concretos.

A atuação do magistrado, assim, para ser legítima, deve observar os parâmetros gerais de aplicação de medidas executivas atípicas, apontados pela doutrina, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor. Ademais, deve obedecer, também, ao princípio da separação de poderes (privilegiando, sempre que possível, a cooperação e o diálogo durante a formulação e implementação das medidas). Deve, finalmente, observar a integridade do direito,

no sentido que foi aqui trabalhado, até para que o processo, ajuizado visando o melhor funcionamento de uma política ou instituição pública que efetiva direitos fundamentais, não se transforme em um instrumento de arbitrariedade.

Todos esses parâmetros e critérios são imprescindíveis para se evitar que, no ímpeto de importar uma criação de outro país, se defenda e se legitime uma atuação do Poder Judiciário que não encontra fundamento na própria Constituição Federal brasileira.

Além disso, restou demonstrada a necessidade de observância da regra da adstrição na interpretação do pedido veiculado na petição inicial e na formação do título executivo, sendo ela perfeitamente compatível com a flexibilidade ínsita às medidas executivas atípicas. Desse modo, concluiu-se que o título a ser formado deve se limitar a obrigar o ente público a adequar sua conduta ao que as normas que disciplinam o funcionamento da instituição ou da política pública prescrevem, sem impor nenhuma medida estrutural *a priori*. O pedido e a decisão, assim, devem apontar claramente para o cumprimento da norma, em uma relação de referibilidade, não devendo o autor pedir uma medida estrutural de natureza nitidamente acessória como se fosse titular de uma pretensão de obrigar o Estado a fazer uma reforma, nem devendo o juiz acolher semelhante pedido como uma decisão de mérito.

Outra conclusão importante é que, sendo a base normativa das medidas estruturais as cláusulas executivas gerais, discussões sobre se o processo que implementa medidas desse tipo deve ou não ser um processo coletivo perdem a importância. É que se um indivíduo pode, ele mesmo, exigir o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer contra o poder público, nada impede que, reconhecida essa obrigação, medidas executivas atípicas que envolvam reformas estruturais sejam formuladas e implementadas por meio do processo individual.

Essa conclusão, por outro lado, reforça a importância de se pensar, para a generalidade dos processos, em um aperfeiçoamento e racionalização do momento de formulação e implementação da reforma. Um incidente de formulação e implementação de medidas executivas estruturais, a ser instaurado após a formação (definitiva ou provisória) do título executivo, pode ser importante para assegurar, não apenas nos processos individuais – mas especialmente neles –, a ampla publicidade sobre a situação, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público, a possibilidade de se ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria, a convocação de audiências públicas para assegurar a participação de outros grupos afetados, a possibilidade de requisição de informações para órgãos públicos etc. Por meio de um incidente processual desse tipo, não se retiraria do indivíduo a legitimidade *ad causam*, mas

se expandiria a discussão sobre a questão para outros sujeitos, diante dos efeitos transcendentais que a decisão judicial produzirá.

Esse é, sem dúvidas, o ponto que merece maiores reflexões, pois a proposta de um incidente processual a ser instaurado na execução possui a virtude de orientar a atuação dos juízes, racionalizando e aperfeiçoando a elaboração e implementação de uma medida estrutural, sem a necessidade de uma mudança drástica no resto do processo, como a que seria produzida com a aprovação do Projeto de Lei nº 8.058/2014, mencionado na introdução deste trabalho. Muito há que se pensar sobre esse tema, inclusive à luz das potencialidades trazidas pelas normas de cooperação judiciária do CPC, que podem servir para coordenar a atuação de juízes em reformas de instituições de grande porte.

De mais a mais, também restou demonstrado que as premissas e princípios que devem guiar o juiz e os demais sujeitos processuais na formulação e implementação de uma medida estrutural no âmbito do direito público não se confundem integralmente com as premissas e princípios que devem guiá-los na reforma de estruturas burocráticas privadas. Embora também faça sentido pensar em um incidente de formulação e implementação de medidas executivas estruturais no âmbito do direito privado, seu conteúdo deve ser concebido à luz de outros valores consagrados na Constituição, como o da livre iniciativa, o que demanda maiores reflexões.

No âmbito do direito público, as conclusões aqui apresentadas parecem mais que suficientes para reafirmar a possibilidade de reformas em instituições públicas a partir de medidas estruturais aplicadas pelo Poder Judiciário. Os parâmetros e critérios aqui apresentados se prestam, afinal, a isso. Não devem ser vistos como obstáculos ou empecilhos à atividade do juiz, mas como expressão da legitimidade que o direito confere à sua atuação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, nov 2013, p. 389-410.
- BAUERMANN, D. *Structural injunctions* no direito norte-americano. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 245-267.
- BERMUDES, S. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, v. 642, abr 1989, p. 21-25.
- BLACK, H. C. *A law dictionary*. São Paulo (Minnesota): West Publishing Co., 1910. Disponível em: <[https://archive.org/details/bub\\_gb\\_R2c8AAAAIAAJ/page/n3/mode/2up](https://archive.org/details/bub_gb_R2c8AAAAIAAJ/page/n3/mode/2up)>. Acesso em 02 jun 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 3.508. Autor: Estado do Maranhão. Réus: União e outro. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3508.pdf>>. Acesso em 02 jun 2020.
- BURROWS, A. We do this at common law but that in equity. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 1, 2002, p. 1-16.
- CUNHA, L. C. da. Mandado de injunção: notas sobre as normas que regulam seu procedimento. *Revista de Processo*, v. 295, 2019, p. 279-295.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. da; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. *Curso de direito processual civil: execução*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- \_\_\_\_\_; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, jan/mar 2020, p. 101-136.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 339-354.
- \_\_\_\_\_; CABRAL, A. do P.; CUNHA, L. C. da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- FISS, O. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 773-798.
- FISS, O. The forms of Justice. *Harvard Law Review*, n. 93, v. 1, nov 1979. Disponível em: <[https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers)>. Acesso em 20 ago 2021.
- FONSECA, L. C. *A marca da equidade no sistema anglo-americano: specific performance*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalaw-english/73177/a-marca-da-equidade-no-sistema-anglo-americano--specific-performance>>. Acesso em 02 jun 2021.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GILLES, M. An autopsy of the structural reform injunction: Oops... It's still moving! *Miami Law Review*, v. 58, 2003, p. 143-171. Disponível em: <<https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1433&context=umlr>>. Acesso em 01 jun 2021.

JOBIM, M. F. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 637-654.

\_\_\_\_\_; ROCHA, M. H. da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 655-674.

LEITE, H. *Manual de direito financeiro*. Salvador: JusPodivm, 2019.

MACÊDO, L. B. de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2019.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MISHKIN, P. J. Federal Courts as State reformers. *Washington and Lee Law Review*, v. 35, n. 4, 1978, p. 949-976.

MORLEY, M. T. The federal equity power. *Boston College Law Review*, v. 59, n. 1, 2018, p. 217-80. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3616&context=bclr>>. Acesso em 02 jun 2021.

NAGEL, R. F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. *Stanford Law Review*, v. 30, 1978, p. 661-724.

PATTERSON, J. T. *Brown v. Board of Education: a civil rights milestone and its troubled legacy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

PETERS, R. *The public statutes at large of the United States of America*, v. 1. Boston: Charles C. Little and James Brown, 1845. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/statutes-at-large/1st-congress/cl.pdf>>. Acesso em 02 jun 2021.

PUGA, M. La *litis* estructural en el caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 91-145.

RENDLEMAN, D. Review of the civil rights injunction by Owen Fiss. *The University of Chicago Law Review*, v. 117, 1978, p. 199-211. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4196&context=uclrev>>. Acesso em 02 jun 2021.

SARLET, I. W.; STRECK, L. L. Comentário ao artigo 5º, LXIX. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1027-1041.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 469-499.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STORY, J. *Commentaries on equity jurisprudence*. Londres: Stevens & Haynes, 1884.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

\_\_\_\_\_; MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 3, 2019, p. 47-66.

\_\_\_\_\_; DELFINO, L. *Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito#_ftn2)>. Acesso em 02 jun 2021.

SILVA NETO, F. de B. e. Breves considerações sobre os processos estruturais. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 325-338.

TORRES, R. L. O mandado de injunção e a legalidade financeira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 187, jan/mar 1992, p. 94-110. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44979/47905>>. Acesso em 16 mar 2021.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). First Party Oliver Brown, Mrs. Richard Lawton, Mrs. Sadie Emmanuel, et al. Second Party Board of Education of Topeka, Shawnee County, Kansas, et al. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em 01 jun 2021.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955). First Party Oliver Brown, Mrs. Richard Lawton, Mrs. Sadie Emmanuel et al. Second Party Board of Education of Topeka. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>>. Acesso em 01 jun 2021.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of the United States. *Michaelson v. United States*, 266 U.S. 42 (1924). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/266/42/>>. Acesso em 02 jun 2021.

VIOLIN, J. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 501-550

VITORELLI, E. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.